

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

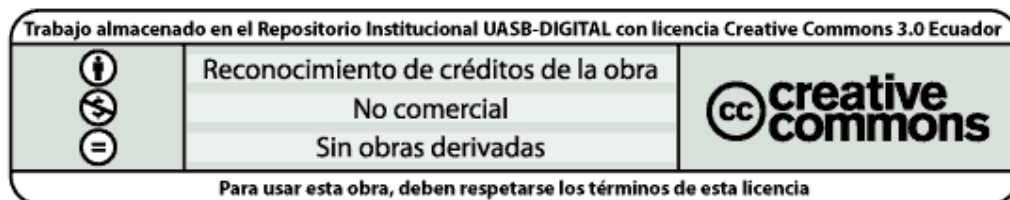
Mención en Derecho Administrativo

**El ejercicio del derecho de repetición del Estado frente a los
funcionarios públicos**

Autor: Paúl Rengel Maldonado

Tutor: Erwin Ayora Rico

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Paúl Alejandro Rengel Maldonado, autor de la tesis intitulada *El Derecho de Repetición del Estado Frente a los Funcionarios Públicos*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

Este trabajo tiene como propósito determinar los principales problemas que se presentan en la aplicación del derecho de repetición en contra de los funcionarios públicos en el Ecuador y las medidas que se pueden adoptar para lograr su eficacia.

Partimos de la recopilación de criterios doctrinales relacionados con el derecho de repetición, los cuales nos permiten conocer su importancia como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos que con su deficiente actuación han causado perjuicios a personas particulares, que posteriormente han sido reparados por el Estado.

Después se examina el tratamiento que se le ha dado a este derecho en el ordenamiento jurídico, especialmente desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Se incluye una revisión crítica de las normas jurídicas que regulan la acción de repetición y se estudian también algunos casos tramitados ante los órganos de justicia competentes.

De este análisis se concluye que la aplicación del derecho de repetición entraña dificultades, que van desde la falta de claridad y armonía en las normas jurídicas que lo regulan, hasta la determinación de responsabilidad por culpa grave o dolo de los servidores o ex servidores públicos, ante la cual se antepone la presunción de inocencia, como garantía fundamental del debido proceso que debe ser desvirtuada por el Estado para que esta acción prospere.

Finalmente se proponen posibles correctivos que pueden implementarse para garantizar su eficacia, tanto en la legislación como en las políticas gubernamentales, tales como: reformas legales tendientes a unificar en un solo trámite el ejercicio de la acción de repetición y el fortalecimiento del sector público a través de una adecuada selección y formación de los servidores estatales, teniendo en cuenta, dentro de este estudio, la doctrina relacionada con la materia y la experiencia de legislaciones extranjeras.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, derecho de repetición, agente público, procedimiento.

Dedicatoria:

A mis hijas Alejandra y Juliana, que son el motor de mi universo.

A mi esposa María Fernanda, leal compañera y madre ejemplar.

A mis padres, hermanos y sobrinos, ángeles guardianes en mi vida.

Agradecimiento:

Mi más sincero agradecimiento al Dr. Erwin Ayora, quien con su vasta experiencia profesional, su acertado criterio jurídico y su gran paciencia, colaboró de manera decisiva con la realización de la presente investigación. Al Dr. Víctor Granda Aguilar, por sus oportunas observaciones las cuales perfeccionaron la presentación y contenido de este trabajo. A las doctoras Eddy De La Guerra y Lina Parra, por su apoyo permanente a los alumnos del Área de Derecho en temas de investigación jurídica, así como a los doctores Marco Albán Zambonino y Juan Carlos Recalde, por sus valiosos consejos durante la elaboración de esta tesis.

Para todos ellos, mi más alta consideración y estima.

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo primero: La Responsabilidad Pecuniaria del Estado y sus Agentes	9
1.1. El deber del Estado de indemnizar a los particulares por actos u omisiones del poder público	9
1.1.1. Generalidades	9
1.1.2. Principios y fundamentos jurídicos del deber del Estado de reparar los daños ocasionados por su actividad	18
1.2. La responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones	21
1.3. El ejercicio del derecho de repetición del Estado	26
1.3.1. Naturaleza jurídica de la acción de repetición	26
1.3.2. Condiciones para su ejercicio	31
Capítulo segundo: Dificultades en la aplicación del Derecho de Repetición	37
2.1. Problemática específica en el Ecuador	37
2.1.1. El derecho de repetición a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008	42
2.1.2. El ejercicio del derecho de repetición en contra de los servidores de la función judicial	47
2.1.3. El ejercicio del derecho de repetición en los casos de violación de derechos humanos y de derechos constitucionales por parte del Estado o sus instituciones	50
2.1.4. La aplicación del derecho de repetición respecto de instituciones distintas a la Función Judicial y para casos distintos a los de violación de derechos humanos y garantías constitucionales	62
2.1.5. La responsabilidad por culpa o dolo de los agentes públicos dentro de la legislación ecuatoriana	70
2.1.6. El derecho de repetición en la jurisprudencia ecuatoriana	79
2.2. El derecho de repetición en la legislación extranjera	90
2.2.1. El derecho de repetición en Uruguay	91
2.2.2. El derecho de repetición en España	92
2.2.3. El derecho de repetición en Colombia	94
Conclusiones y Recomendaciones	100
BIBLIOGRAFÍA	108

Introducción

Dentro de las múltiples actividades que realiza la Administración Pública en ejercicio de sus funciones y facultades, es común que se produzcan situaciones que afectan a los derechos subjetivos de los ciudadanos; en muchos casos estos sucesos se originan en un ejercicio irregular de la actividad administrativa. La afectación de los derechos de los particulares puede llegar a tener una connotación económica, en virtud de la cual surge el derecho del agraviado a recibir una reparación pecuniaria por parte del Estado.

La Administración Pública realiza su actividad a través de seres humanos, quienes están legitimados por el ordenamiento jurídico para actuar a nombre y representación del Estado y de las distintas instituciones que lo conforman. El ser humano con sus limitaciones, perjuicios, antipatías, falta de conocimientos, descuidos y mala fe, puede ocasionar perjuicios a los ciudadanos cuando desempeña una función pública, los cuales son asumidos por el Estado conforme lo prevé el ordenamiento jurídico vigente.

El derecho de repetición que tiene el Estado para recuperar los valores que se ha visto obligado sufragar a favor de los particulares por el ejercicio irregular de la actividad administrativa, surge cuando el daño que se ha reparado es imputable a hechos, actos u omisiones de los agentes públicos en el desempeño de sus cargos.

Este derecho se constituye como una prerrogativa del Estado y del grupo humano que lo conforma, pues en muchos casos resulta inaceptable que con fondos públicos se repare la actuación irresponsable de los agentes estatales, sin que estos sean, a su vez, conminados a reponer los valores sufragados, más aún cuando el daño es ocasionado por negligencia grave o dolo.

El nuevo ordenamiento jurídico vigente a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, el 20 de octubre de 2008, presenta nuevos retos en materia de responsabilidad de los servidores públicos, tema que sin duda ha quedado marginado de las prioridades de los gobiernos de turno y que ha permitido la “institucionalización” de la irresponsabilidad del sector público, lo cual sin duda pone en riesgo el progreso del país, ya que tolerar el abuso de poder y permitir su impunidad, significa perennizar la inseguridad jurídica, la ineficiencia de los órganos del Estado y la inmoralidad dentro de la Administración Pública, con sus nefastas consecuencias.

La presente tesis se inspira en la cotidianidad del ejercicio profesional en temas relacionados con el Derecho Administrativo y en mi experiencia como funcionario público, desde donde he podido apreciar la complejidad que entraña la organización y funcionamiento del Estado a través de sus distintas instituciones, en cuyo ejercicio es común que se presenten errores involuntarios, pero también irregularidades y abusos.

En el primer capítulo de este trabajo de investigación se estudian los principios y fundamentos jurídicos del deber del Estado de reparar los daños y perjuicios derivados de su actividad, así como el principio de responsabilidad de los servidores públicos, para luego tratar sobre la naturaleza jurídica del derecho de repetición y las condiciones que se requieren para su ejercicio.

En el capítulo segundo se analiza el tratamiento que se ha dado a este derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente se hace una revisión crítica de los distintos procedimientos aplicables a la acción de repetición que fueron desarrollados a partir de la promulgación de la Constitución de la República de 2008. Finalmente, se examinan las dificultades prácticas que se presentan actualmente en su ejercicio y los posibles correctivos que se pueden implementar para garantizar su eficacia.

La intención de esta investigación es dar un modesto aporte para la concreción de una Administración Pública honesta, eficiente, que dé cumplimiento a su objetivo principal, que es el de servir a los ciudadanos, en la cual debe cumplirse a cabalidad con el principio de responsabilidad de los agentes públicos, cuya inobservancia es uno de los factores que impiden en el Ecuador garantizar, a cabalidad, los derechos de los ciudadanos. Es necesario tener presente que la eficiencia administrativa depende de la capacidad y formación de los servidores públicos, cuya principal actividad y misión es llevar a cabo los fines del Estado en beneficio de la colectividad.

Capítulo primero: La Responsabilidad Pecuniaria del Estado y sus Agentes

1.1. El deber del Estado de indemnizar a los particulares por actos u omisiones del poder público

1.1.1. Generalidades

Las diversas actividades de los órganos del poder público, legítimas o ilegítimas, pueden llegar a ocasionar perjuicios a los particulares, los cuales deben ser reparados por el Estado. Dentro de este contexto, tenemos que el término *responsabilidad* implica, en una de sus distintas acepciones, la obligación de responder como consecuencia de ciertos actos o errores, es así que el Estado está llamado a corregir de alguna manera, todas aquellas situaciones, que derivadas de su actividad, menoscaben los derechos individuales de las personas particulares, lo cual se relaciona con el principio de igualdad ante las cargas públicas, del que se desprende que ninguna persona está obligada a soportar los perjuicios individuales que le ocasione la actividad Estatal.

Al tratar sobre la responsabilidad del Estado, el profesor argentino Roberto Dromi se manifiesta contrario a emplear la expresión *responsabilidad civil del Estado*; al respecto explica lo siguiente:

Se la llama todavía, a veces, responsabilidad civil del Estado, pero es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica responsabilidad del Derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del Derecho público, lo cual hace ya inexacto hablar de responsabilidad civil. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.¹

Consideramos pertinente la acotación del ilustre tratadista argentino, sin embargo para efectos didácticos, dentro de la presente investigación nos referiremos indistintamente a la responsabilidad civil, pecuniaria o patrimonial que tiene el Estado de reparar los daños ocasionados por su actividad a las personas particulares.

¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 10ª edición (Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004), 1078.

Continuando con nuestro análisis, tenemos que el principio de responsabilidad del Estado es relativamente nuevo dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, donde luego de una lenta evolución, ha sido admitido de manera general. El autor Julio Altamira, comenta que varios tratadistas sostienen que la primera manifestación del principio de responsabilidad del Estado fue la expropiación, toda vez que si el Estado o cualquiera de sus entidades, se apropian de una propiedad privada para un fin público y por este efecto reconocen al particular afectado el derecho a ser indemnizado, “existe un principio de responsabilidad, pues desaparece el dominio eminente del Estado.”²

En este contexto, resulta pertinente referirnos al art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de París de 1789, donde ya se recoge este principio, al señalar que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública debidamente constatada y previo el pago de una indemnización.”³

Sin embargo, el principio de responsabilidad del Estado no se desarrolló respecto de otros aspectos de la actividad administrativa sino después de mucho tiempo, cuyos principales matices se han venido definiendo, principalmente, por vía jurisprudencial y doctrinal dentro de los ordenamientos jurídicos de Europa Continental, particularmente en Francia, a finales del siglo XIX.

Los tratadistas García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, señalan que en la jurisprudencia francesa tiene especial importancia el caso de Agnès Blanco de 1873, por el cual adquirió firmeza en dicho país “el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración sobre bases autónomas,” distintas a las establecidas en el Código Civil.⁴

En el mismo sentido, el doctrinario Alfredo Islas Colín nos informa que para la escuela del servicio público de Bordeaux, el caso Blanco, “es la piedra angular del Derecho Administrativo francés,” ya que a partir de este y otros casos resueltos por el Consejo de Estado de dicho país (en 1903 la sentencia Terrier y en 1910 la sentencia Therón), los conceptos básicos de agente público, dominio público, trabajo

² Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973), 61.

³ Francia, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de París de 1789*. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf > Consulta: 30 de diciembre de 2016.

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1991), 357.

público, contrato administrativo por responsabilidad administrativa, son aproximados a la noción de servicio público.⁵

Desde el punto de vista histórico, la evolución del principio de responsabilidad administrativa parte de la completa irresponsabilidad del Estado, pasando por la responsabilidad exclusiva de los funcionarios, para culminar en el traspaso de la responsabilidad al Estado, quien se encarga de efectuar la reparación, conservando para sí el derecho de repetición en contra de los funcionarios a quienes les es imputable el daño.

Siguiendo al profesor argentino Agustín Gordillo, tenemos que desde el nacimiento del Estado, en las monarquías absolutas, “no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano; el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él.”⁶

Con el nacimiento del Derecho Administrativo tomando como punto de partida la Revolución Francesa, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, empiezan a tomar relevancia los principios de responsabilidad del Estado y de responsabilidad de los funcionarios públicos:

Se opera a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que afectará radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes. Ya no se dirá que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino, por el contrario, que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer porque son superiores y preexistentes a él. Comienza una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder.⁷

Al tratar sobre la responsabilidad de los servidores públicos, Ida Mestre Ordoñez y María Garcés Restrepo, en su tesis titulada “La Acción de Repetición y El Llamamiento en Garantía Ley 678 de 2001”, exponen lo siguiente:

Al surgir el Estado Liberal, se consideró que el Estado no era responsable por los daños que ocasionara con ocasión de su actividad, debido a que éste y sus agentes eran meros ejecutores de la soberanía popular; por lo cual, no generaban daños. Pero si bien el Estado era

⁵ Alfredo Islas Colín, *El Servicio Público en el Derecho Francés*, (Ciudad de México, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, UNAM), 279. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/14.pdf>> Consulta: 30 de diciembre de 2016.

⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 8, Teoría General del Derecho Administrativo, 1ª edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 40.

⁷ *Ibíd.*, 41.

“irresponsable”, por vía doctrinaria, se adoptó la teoría de la responsabilidad de sus agentes por los daños que directamente causaran en el ejercicio de su actividad.⁸

Con el surgimiento del Estado Social de Derecho, que tuvo lugar con posterioridad a la crisis del Estado Liberal, después de la Segunda Guerra Mundial, se produce gradualmente el traspaso de la responsabilidad del agente público al Estado, traspaso que está justificado, entre otros motivos, según lo explica el profesor alemán Ernst Fortsthoff, por cuanto el mismo Estado “forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinadamente en sus manos y es, íntegramente, el señor del servicio dentro del cual acaece la acción que obliga a la compensación por el daño.”⁹

La propuesta de este autor tiene mucha lógica, pues siendo el Estado el que se encarga de escoger a su personal, está obligado a responder cuando la actuación de los agentes públicos, no está a la altura de las funciones o del cargo que desempeñan. Es parte de los deberes fundamentales de la Administración Pública, efectuar una adecuada selección de sus recursos humanos.

Por su parte, el doctrinario Miguel Marienhoff sostiene que el Estado está llamado a indemnizar los daños ocasionados por los funcionarios públicos, ya que estos son considerados como órganos del Estado. En su análisis, el tratadista argentino se refiere a la *teoría del órgano*, para explicar la razón de que los actos u omisiones de los agentes públicos sean imputables a la persona jurídica Estado, textualmente dice: “de acuerdo a esta teoría los funcionarios y empleados no son mandatarios ni representantes del Estado, sino precisamente ‘órganos’ de él, o sea ‘partes constitutivas’ del mismo.”¹⁰

En este contexto, resulta pertinente señalar que el Estado está llamado a responder por los daños derivados de su actividad que comprende los aspectos fundamentales relativos al ejercicio de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como las tareas de los organismos de control y las demás instituciones públicas. Por consiguiente la responsabilidad del Estado no se limitará a los actos administrativos legítimos o ilegítimos que causen perjuicios a los particulares, provenientes de cualquier entidad administrativa, sino también a los errores

⁸ Ida María Mestre Ordóñez y María Catalina Garcés Restrepo, *La Acción de Repetición y el Llamamiento en Garantía Ley 678 de 2001*, (tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004), 15.

⁹ Citado por Altamira, *Responsabilidad del Estado*, 63.

¹⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, cuarta edición actualizada, (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1987), 376.

judiciales o inadecuada administración de justicia, así como por los daños derivados de actos legislativos.

De esta manera, podemos concluir que el Estado está llamado a reparar el daño causado a sus habitantes, sea cual fuere el órgano o función estatal del que provenga el hecho, acto u omisión que ocasiona el perjuicio. Pero para que haya lugar a indemnización es necesario que exista un daño real, y que no haya sido el particular afectado quien provocó la situación lesiva.

Al respecto, el profesor argentino Marienhoff señala de manera concluyente:

El Estado es uno solo y siempre el mismo, cualquiera sea el órgano esencial a través del cual exprese su actividad, voluntad, conducta o comportamiento; de ahí que si se causa un ‘daño’ que le sea imputable, el fundamento de la reparación siempre será el mismo: el conjunto de principios –o alguno de estos– integrante del complejo de ellos inherentes al Estado de Derecho. Cualquiera sea el órgano estatal cuya actividad haya generado responsabilidad (órganos Ejecutivo, Legislativo o Judicial), siempre ésta le será imputada al ‘Estado’ y no al respectivo órgano en particular.¹¹

El doctrinario Enrique Sayagués Laso define daño, como “toda pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho, es la diferencia perjudicial, para la víctima entre su situación antes de sufrir el hecho dañoso y después del mismo.”¹² Para el tratadista uruguayo “el perjuicio debe ser cierto, real y apreciable en dinero, es decir material. Los perjuicios hipotéticos, eventuales, futuros, y los puramente morales, no dan lugar a indemnización.”¹³ Otros autores contradicen esta postura y sostienen que la reparación que el Estado debe a los particulares se extiende a todo tipo de perjuicio, incluido el daño moral, entre ellos tenemos a Héctor Arévalo Reyes,¹⁴ Agustín Gordillo,¹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández.¹⁶

Los tratadistas García de Enterría y Fernández sostienen que los daños indemnizables abarcan todo tipo de lesiones patrimoniales incluso el daño moral. Aclaran que únicamente se excluyen, “no por la naturaleza de los daños, sino por su

¹¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 751.

¹² Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8ª edición, puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 604.

¹³ *Ibíd.*, 600.

¹⁴ Héctor Darío Arévalo Reyes, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, segunda edición, (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2002), 25–4.

¹⁵ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 8, 539.

¹⁶ García y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 397-398

falta de efectividad, los llamados daños eventuales o simplemente posibles pero no actuales, ni seguros en cuanto a su producción.”¹⁷

Se debe considerar también que solamente los perjuicios directos dan lugar a indemnización, ya que “la existencia de un daño causado directamente por el acto o hecho administrativo, es elemento esencial para que surja responsabilidad. [...]. La relación causal directa entre el acto o hecho y el perjuicio es indispensable.”¹⁸ No es necesario establecer la licitud o ilicitud de la situación que originó el daño, para efectos de sustentar la obligación del Estado de reparar los efectos lesivos de su actividad.

El profesor Julio Altamira trae a colación que el Consejo de Estado Francés ha señalado las siguientes condiciones para que el daño sea indemnizable:

1. Ser real y efectivo;
2. Ser causado por la Administración Pública, por sus funcionarios o por las cosas que le pertenecen;
3. Originarse como consecuencia inmediata de la intervención estatal. Es decir, debe existir una relación causa-efecto entre la acción u omisión de la Administración y el daño ocasionado;
4. Debe tener carácter patrimonial, y
5. El perjuicio debe recaer sobre una persona o sobre un grupo de personas, de manera injusta desigual o desproporcionada.¹⁹

A las condiciones citadas por Altamira, se debe añadir que en la situación generadora del daño, no debe mediar culpa del particular afectado, ya que para que surja la responsabilidad del Estado “es preciso que esa lesión pueda ser imputada, esto es jurídicamente atribuida a un sujeto distinto de la propia víctima.”²⁰

Resulta pertinente tener presente que la actividad administrativa se desarrolla, principalmente, a través de la prestación de distintos servicios públicos, pues la finalidad última del Estado es satisfacer las necesidades de sus habitantes, quienes como contraprestación sujetan su comportamiento al ordenamiento jurídico imperante, y cumplen con sus obligaciones, donde se destacan las cargas administrativas y tributarias.

¹⁷ García y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 369.

¹⁸ Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 645.

¹⁹ Altamira, *Responsabilidad del Estado*, 100-1.

²⁰ García y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 372.

El autor Alfredo Islas Colín, al tratar sobre la noción de servicio público expone lo siguiente:

Un primer acercamiento de servicio público es expuesto por Jean Chevalier, al señalar que el “servicio público es la actividad ordenada, tomada a su cargo directamente o indirectamente por la administración pública para satisfacer una necesidad de interés general.” Dicha noción debe tener algunas precisiones, como la relativa a que estamos frente a un servicio público cuando una actividad de interés general, en algunos casos, es asegurada por una persona pública; en otros casos porque dicha actividad se confió, por una persona pública a una persona privada. El servicio público es, por lo tanto, dice León Duguít, una actividad asegurada, regulada y controlada por los gobernantes, por la importancia de la actividad que demanda la población; esto es, el servicio público constituye el fundamento y límite del poder de la autoridad.²¹

Partiendo del concepto de servicio público, entendido como un elemento primordial de la actividad estatal, el profesor Héctor Arévalo sostiene que existen cuatro causales de imputación al Estado, reconocidas doctrinariamente, que pueden suscitarse en ocasión de la prestación de servicios públicos:

1. Cuando el funcionamiento normal del servicio público cause un daño: hay normalidad en la prestación de un servicio cuando la actividad administrativa es legítima, y aun así puede llegar a causar perjuicios a los administrados. Por ejemplo, un determinado gobierno autónomo descentralizado necesita construir una carretera, para este efecto debe expropiar predios de personas particulares, quienes sufren un menoscabo patrimonial como consecuencia de la expropiación, que debe ser compensado por el Estado a través del pago del justo precio.
2. Por funcionamiento anormal del servicio público: cuando éste no funciona, funciona mal o se presta tardíamente. Esta situación podría presentarse cuando la continua interrupción del servicio de energía eléctrica causa daños a maquinarias o electrodomésticos de personas particulares.
3. Cuando el daño se ha producido como consecuencia del riesgo creado por la Administración Pública y expone al particular a sufrir un daño. Esto ocurre por ejemplo cuando las entidades estatales realizan obras públicas, y no han tenido la precaución de colocar la señalética necesaria para prevenir accidentes.

²¹ Alfredo Islas Colín, *El Servicio Público en el Derecho Francés*, 277-8.

4. Cuando el particular ejecuta determinadas actividades que benefician a la Administración y ésta a su vez no cumple con sus obligaciones correlativas. Esta situación puede presentarse durante la ejecución de contratos públicos, ya que el incumplimiento imputable a la entidad respecto de sus obligaciones contractuales, faculta al contratista afectado, a ejercer su derecho reclamar las reparaciones que correspondan por el perjuicio patrimonial que le fuera irrogado.²²

Por otra parte, tenemos que los daños que puede ocasionar la actividad administrativa son de distinta naturaleza. Siguiendo al profesor Arévalo daremos una breve clasificación, sin que ésta pretenda ser exhaustiva:

Daño patrimonial, entendido como la afectación por un hecho dañoso que sufre la propiedad de la víctima, que a su vez puede dividirse en:

- *Daño emergente*, que comprende los gastos en que incurre la víctima en ocasión del daño.
- *Lucro cesante*, ocurre cuando el hecho dañoso trae como consecuencia que la víctima deje de percibir ingresos.

Daño moral, se trata de una afectación de carácter psicológica, subjetiva, sentimental, espiritual y personal, cuya reparación “se hace a título de compensación, y no de indemnización, porque esta última es un pago que no tiene la finalidad de resarcir, el fin es compensar las lesiones.”²³ Dentro del daño moral tenemos:

- El *perjuicio fisiológico*, definido como “aquel que sufre una persona por no poder gozar de su vida en relación,”²⁴ el cual puede ser interpretado como la pérdida de la capacidad que tiene un individuo para disfrutar de los placeres de la vida, al verse disminuido en sus habilidades físicas.²⁵
- El *perjuicio de la variación de las condiciones de existencia*, que “tiene relación con la situación que asumen las personas cuando la desaparición de un ser querido hace cambiar, modificar, las condiciones de su vivir.”²⁶

En cuanto a la indemnización por daños morales es necesario mencionar, como dato relevante, que el Estado ecuatoriano en varias ocasiones ha sido condenado a pagar compensaciones económicas por este concepto, en acciones

²² Arévalo, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, 119 -20 y 122.

²³ *Ibíd.* 251-2.

²⁴ *Ibíd.*, 252.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, 253.

relacionadas con violaciones de derechos humanos, tal es el caso de la desaparición forzada de los hermanos Santiago y Andrés Restrepo Arismendi. Con relación a este hecho el país, en febrero de 1998, llegó a un acuerdo amistoso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en tal virtud, reconoció el crimen de Estado cometido en contra de los mencionados hermanos. El gobierno se comprometió a pagar una indemnización de dos millones de dólares a la familia Restrepo Arismendi, a sancionar a los responsables, a pedir disculpas públicas, y a efectuar la búsqueda definitiva de los restos de los menores desaparecidos.²⁷

En este contexto, cabe aclarar que, “para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar al agente que lo haya causado. Puede tratarse —y así ocurre con frecuencia— de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal.”²⁸ En todos los casos en que no sea posible determinar quién fue el servidor o funcionario público que ocasionó el acto u omisión dañosa, exclusivamente responderá el Estado.

En mi opinión, este tipo de situaciones pueden presentarse, sobre todo, a través de *hechos administrativos*, derivados de la actividad estatal, donde se presentan factores de imprevisibilidad y hasta descuido por parte de la Administración, dentro de labores que por sí mismas implican un riesgo que es asumido por el Estado. En esta clase de sucesos tiene especial preponderancia el criterio de responsabilidad objetiva del Estado que “nace al margen de toda idea de culpa o ilegalidad,”²⁹ pues la responsabilidad del Estado es inherente al riesgo que surge de ciertas actividades administrativas, donde se torna muy difícil la determinación de responsabilidades individuales de los agentes públicos, lo que da como resultado que la imputabilidad específica resulte incierta; consecuentemente, el importe del total de la reparación es asumido por el Estado, sin posibilidad de ejercer el derecho de repetición.

Para concluir esta parte, es importante señalar que para efectos de la exoneración de responsabilidad, la Administración puede justificar, en un caso concreto, la presencia de alguna situación que desvirtúe la imputación del daño a su actuación u omisión, es decir, que rompa el nexo causal directo, inmediato y

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 99/00, Caso 11.868: Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi [Ecuador], 5 de octubre de 2000.

²⁸ García y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 383.

²⁹ Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, (Madrid: Civitas, s.f.), 175

exclusivo que debe existir entre la actividad administrativa y el perjuicio sufrido por el particular, como serían los casos de fuerza mayor o caso fortuito, la negligencia o el hecho exclusivo del administrado, o el hecho exclusivo y determinante de un tercero ajeno al poder público. Asimismo, la Administración tiene la posibilidad de demostrar que el daño causado no es antijurídico y que el particular afectado estaba en la obligación de soportarlo.³⁰

1.1.2. Principios y fundamentos jurídicos del deber del Estado de reparar los daños ocasionados por su actividad

Los distintos ordenamientos jurídicos, a través de sus normas constitucionales, buscan reconocer los derechos individuales de los administrados, y dentro de estos se destacan los derechos de todos los habitantes de un país, originarios o extranjeros, a la igualdad ante la ley y a la propiedad privada. Es sobre la base de estos dos derechos fundamentales, que tiene lugar la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños derivados de su actividad.

El principio de responsabilidad es inherente al Estado de Derecho. Al respecto El doctrinario Miguel Marienhoff sostiene que el Estado de Derecho “presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables.”³¹ El mismo tratadista argentino recalca esta idea al señalar que:

El fundamento de la responsabilidad del Estado no es otro que el ‘Estado de Derecho’ y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público.³²

Con relación al Estado de Derecho, el profesor Juan Carlos Benalcázar, citando a Consuelo Sarriá, precisa que “comprende dos aspectos fundamentales: la plena subordinación al Derecho –con la consecuente proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público– y el reconocimiento y la garantía de los derechos

³⁰ *Ibíd.*, 127-8.

³¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 702-3.

³² *Ibíd.*, 706. En el mismo sentido Altamira, *Responsabilidad del Estado*, 83.

de los ciudadanos.” Más adelante, complementa esta idea al indicar que el Estado de Derecho, “es un mecanismo de equilibrio entre las legítimas prerrogativas de la autoridad y los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los administrados.”³³

En este sentido, el principio de subordinación al derecho –que trae como consecuencia necesaria la responsabilidad jurídica por los resultados de los actos de autoridad– tiene fundamento en la existencia y garantía de los derechos subjetivos, los cuales comportan un límite al ejercicio del poder público, y aún más, un elemento al que debe servir y promover la autoridad.³⁴

Para nosotros, resulta evidente que el fundamento primordial del principio de la responsabilidad del Estado tiene su origen en el Estado de Derecho, que implica la sujeción del poder público al ordenamiento jurídico conformado por la Constitución y demás normas jurídicas que regulan la actividad de los órganos estatales y el ejercicio de los derechos individuales de los habitantes, en un plano de igualdad. Para este efecto se delimitan las potestades públicas y se ordenan las actividades de la población, donde tiene especial importancia el respeto a los derechos de los particulares, pues como ya hemos mencionado, la razón de ser del Estado es la búsqueda permanente del bienestar individual y colectivo de los sujetos que lo conforman, proscribiendo para este efecto todo desequilibrio o arbitrariedad proveniente del poder público.

Los doctrinarios García de Enterría y Fernández consideran que la responsabilidad estatal, “reposa sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida que, se ha producido una lesión patrimonial.”³⁵

Como se señaló al inicio de este apartado, el derecho constitucional a la propiedad privada es uno de los principales fundamentos que sustentan el deber del Estado de reparar a los particulares por los daños derivados de su actividad lícita o ilícita. Hay que considerar también, que el Estado es responsable cuando ocasiona

³³ Consuelo Sarria, “Control Judicial de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa* (Tucumán: Ediciones UNESTA, 1981), 18. En Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano* (Quito: Fundación Andrade y Asociados, Fondo Editorial, 2007), 19.

³⁴ *Ibíd.*, 19-20.

³⁵ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 366.

daño moral a los particulares. De lo expuesto se desprende que el deber de reparación busca hacer efectivo el derecho a la igualdad, recomponiendo las afectaciones derivadas de la actuación estatal que trascienden el aspecto meramente económico.

Un ejemplo de estas situaciones injustas que ameritan ser reparadas, tendría lugar en el supuesto de que una persona fuese indebidamente encarcelada. El Estado deberá reparar no solo el daño económico causado al particular por el tiempo que se vio privado de su libertad, sino también el menoscabo en su honra y buen nombre, sin olvidar el sufrimiento psicológico que implica recibir una condena arbitraria.

Para concluir esta parte, siguiendo al tratadista Julio Altamira,³⁶ me referiré a continuación a algunos de los principios jurídicos propios del Estado de Derecho, que fundamentan la obligación de reparación patrimonial que tiene la Administración Pública, en los casos en que por su actividad se han irrogado perjuicios a los particulares, que estos no están obligados a soportar:

La igualdad de las cargas públicas.- Este principio es una manifestación del precepto constitucional que establece la igualdad ante la Ley, e implica que nadie está obligado a soportar gravámenes adicionales a aquellos que soportan todos los habitantes del Estado, sin recibir a cambio una compensación.

El derecho a la propiedad.- Este derecho se vincula con la igualdad ante la ley, y con el principio de que toda expropiación o menoscabo patrimonial, ocasionado por el Estado a un particular, debe ser compensado económicamente. Julio Altamira sostiene que “En muchos casos, el daño causado por la Administración Pública importa una pérdida de la propiedad, y entonces, por su resultado y no por su forma, se habla de expropiación.”³⁷ En definitiva, cualquier daño infringido a particulares en ejercicio de la actividad administrativa, que pueda ser valorado en medidas monetarias, debe ser compensado porque constituye un detrimento a la propiedad privada.

La solidaridad humana.- Esta postura es defendida por el profesor Pedro Guillermo Altamira, quien afirma que en un acto de justicia distributiva la sociedad está obligada a compensar a aquellas personas, que por hechos que no les son imputables, y que han sido ocasionados por el Estado, hayan sufrido daños. El referido autor dice: “se transforma la obligación moral, impuesta por la solidaridad

³⁶ Altamira, *Responsabilidad del Estado*, 94

³⁷ *Ibíd.*

humana de ayuda recíproca, en una obligación jurídica de indemnizar, otorgándole la acción y el derecho para exigirla.”³⁸

La seguridad jurídica.- En virtud de la cual, los derechos adquiridos por los particulares deben ser respetados. En consecuencia, toda perturbación a estos derechos, proveniente del poder público, debe ser reparada.

1.2. La responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones

Una vez revisado a groso modo el tema de la responsabilidad del Estado, nos concretaremos en el principal objeto de estudio de la presente investigación, que es la responsabilidad estatal que se deriva de actos antijurídicos que son imputables a los agentes públicos, lo cual supone que el funcionario, servidor o dignatario, haya actuado dentro del ejercicio de sus competencias de manera irregular.

La noción de agente público se aplica toda persona que desempeña una función estatal, sea que pertenezca a la carrera administrativa, haya sido electo por voto popular, o haya sido designado dentro del régimen de libre nombramiento o remoción. Este término abarca a todo servidor, funcionario, dignatario, empleado o trabajador, que labore dentro de las distintas instituciones que conforman el Estado.

De manera general, cabe señalar que dentro del ejercicio de sus funciones los agentes públicos pueden tener distintas formas de responsabilidad: administrativa, civil, penal y política.³⁹ La responsabilidad administrativa, la penal y la política, son de índole personalísima, mientras que la responsabilidad por daños patrimoniales y morales debe ser asumida, en primera instancia y de manera directa por el Estado.

En este contexto, resulta pertinente señalar que el derecho de repetición surge como consecuencia de la reparación pecuniaria asumida por el Estado, y su acción está dirigida en contra de los funcionarios que por su negligencia, imprudencia, impericia o dolo, provocaron los daños que fueron reparados, a personas particulares.

El tratadista Miguel Marienhoff explica que para que el daño derivado del ejercicio de las funciones públicas sea indemnizable, “es menester que ello sea consecuencia del ejercicio irregular de las obligaciones legales del agente público.

³⁸ *Ibíd.*, 86-7

³⁹ Dromi, *Derecho Administrativo*, 1092.

Estas ‘obligaciones legales’ son las contenidas en cualquier norma material o formal ateniende a la función, cargo o empleo.”⁴⁰

El mismo autor añade, que cuando el funcionario es, a la vez, un profesional, un técnico o especialista, “su responsabilidad ‘profesional’ queda incluida o comprendida en su responsabilidad como funcionario público. De modo que el ejercicio irregular de los deberes a su cargo no solo se relaciona con las normas de tipo legal, sino también con las reglas técnicas que debió aplicar en la especie.”⁴¹

Concordamos con lo expuesto por el célebre profesor argentino, ya que la responsabilidad de los agentes públicos se relaciona no solo con el cumplimiento de los deberes concernientes al cargo que desempeña, sino que se extiende también a los deberes y competencias de índole profesional, cuyo ejercicio se encuentra regulado por normas técnicas y principios específicos, que se distinguen pero a la vez se complementan con aquellas disposiciones aplicables, de manera general, al servicio público.

Es preciso señalar, dentro de este contexto, que los distintos cargos y empleos públicos requieren ciertas competencias profesionales, para lo cual se establecen perfiles ocupacionales que se aplican a la selección de personal, siendo deber de todo servidor público cumplir con las obligaciones de su cargo con la debida diligencia.

Profundizando en el tema, resulta indispensable citar al doctrinario Agustín Gordillo quien destaca la importancia de exigir la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, en estos términos:

Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso. No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas.⁴²

De lo expuesto se puede concluir que el Estado, con el propósito de hacer efectiva la moral pública que está obligado a tutelar, tiene el deber de responsabilizar a los funcionarios públicos que han ocasionado perjuicios a los particulares, en los

⁴⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, 385.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, *El Acto Administrativo*, 8ª edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004) XIX-1.

casos en que se establezca que han obrado con manifiesta negligencia o mala fe. Al respecto el profesor Agustín Gordillo añade:

Mientras no le hallemos solución al problema de efectivizar la responsabilidad del funcionario autor del daño seguiremos pagando entre todos los costos sociales de la eventual irresponsabilidad de quien desde la función pública compromete el patrimonio de la colectividad. Lo pagaremos de múltiples modos aunque inequitativamente: déficit fiscal, endeudamiento externo, disminución o desaparición de servicios sociales, dilapidación de fondos públicos, etc.⁴³

Para la determinación de responsabilidad del agente público, es necesario demostrar la existencia de una violación de sus deberes contemplados en distintas normas jurídicas, profesionales o técnicas, que serán objeto de análisis en cada caso concreto. La doctrina concuerda, de manera unánime, que en los casos en que el perjuicio se produce a pesar de que el funcionario público observó los deberes y las normas legales inherentes a su cargo, será el Estado quien esté llamado a indemnizar, sin posibilidad de repetir en contra del servidor, pues en estos casos se tratará de una *falta del servicio*.

La doctrina y la jurisprudencia francesas, al desarrollar el tema de la responsabilidad del Estado y sus agentes, traen los conceptos de falta de servicio y falta personal.

Siguiendo al profesor Julio Altamira explicaremos los supuestos de falta de servicio donde no se evidencia la responsabilidad del servidor público:

1) Cuando el funcionario ha cumplido con su obligación, no se ha extralimitado en sus facultades, ni se ha excedido en ámbito de sus atribuciones y a pesar de esto se produce el daño, y 2) Cuando el servicio no se cumple, o cuando se lo presta de forma deficiente o tardía, a pesar de que el agente ha puesto su empeño para que éste se efectúe de manera regular. En estos casos solo el Estado responderá por los daños, sin que haya lugar a repetición.⁴⁴

Con relación a la falta personal, el tratadista Enrique Sayagués expone lo siguiente:

Se configura la falta personal cuando en la actividad desarrollada por el funcionario aparece una circunstancia material o intelectualmente separable de la función administrativa e imputable a aquél. Como decía LAFERRIERE, son los hechos en que el hombre aparece con sus debilidades, sus pasiones, sus

⁴³ Ibíd., XIX-24.

⁴⁴ Altamira, *Responsabilidad del Estado*, 65.

imprudencias; en que la personalidad del funcionario se revela por faltas del derecho común, por una vía de hecho, un dolo, pues entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función.⁴⁵

Complementando lo señalado, resulta pertinente mencionar que un comportamiento negligente o malicioso del agente público puede presentarse fuera del ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas. Cuando se presenta dentro del ejercicio de sus funciones, evidentemente, el Estado está llamado a responder por los perjuicios que puedan derivarse de la falta cometida en contra de terceros, pues como ya se precisó anteriormente, los agentes públicos actúan como órganos de la Administración Pública, a la par que el Estado está llamado a responder por haber seleccionado personal incompetente o falto de probidad, conservando para sí el derecho a repetir, en contra de los responsables del daño, los valores sufragados por concepto de reparación.

Si la falta personal se presenta fuera del ejercicio de sus funciones, únicamente responderá el servidor o funcionario, pero no bajo tal investidura, sino como cualquier persona que ocasiona daños a otro, y según las reglas del Código Civil.

De lo expuesto, se desprende que la inobservancia de sus deberes o cumplimiento irregular de las funciones encargadas al agente público será la condición *sine qua non* para que éste sea responsable del daño causado. Con relación al tema, Agustín Gordillo hace el siguiente comentario:

En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública.⁴⁶

El mismo autor aclara que:

La ejecución de una ordenanza ilegal o inconstitucional, en cambio, sí genera responsabilidad para el funcionario: CSJN, *Fallos*, 49: 344, *Unzué*, 1892, en que se dijo que el presidente de una Municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario a las prescripciones de leyes vigentes.⁴⁷

⁴⁵ Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 613.

⁴⁶ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, XIX-20.

⁴⁷ *Ibíd.*, XIX-19.

Lo citado concuerda con el derecho y el deber de los agentes públicos, incluidos los miembros de la fuerza pública, de objetar y rechazar cualquier orden ilegal proveniente de sus superiores, lo cual a su vez se relaciona con el deber que tiene todo servidor de someter su actuación a lo dispuesto en la Constitución y la Ley, dentro del Estado de derecho.⁴⁸

Resulta necesario precisar que para que exista responsabilidad pecuniaria de los agentes públicos por los perjuicios ocasionados a los administrados en el ejercicio de sus funciones, se deben cumplir las siguientes condiciones:

1. Que se haya causado un perjuicio económico o moral a terceros, ya que sin la existencia de estas formas de daño, quizás puede haber lugar a responsabilidad disciplinaria, penal o política (derivada de la inobservancia de los deberes inherentes al cargo público), pero no responsabilidad patrimonial, la cual está relacionada con los conceptos de reparación e indemnización.⁴⁹
2. Que el daño se produzca en ocasión del desempeño de un cargo público.
3. Debe existir un nexo causal directo entre el incumplimiento de los deberes del cargo, imputable al funcionario, y el daño ocasionado al particular afectado.
4. Que en el acto, omisión o hecho dañoso medie la culpa grave o dolo del servidor público.

El tratadista Héctor Arévalo, sostiene que la responsabilidad patrimonial por daños ocasionados a los particulares, recae exclusivamente sobre el Estado, “cuando el agente que causó el daño es anónimo o incurrió tan solo en culpa simple (leve o levísima).”⁵⁰ Lo expuesto por el autor colombiano tiene su fundamento en que si se responsabilizaría a los servidores públicos por cualquier daño culposo, que no revista gravedad o dolo, la actividad administrativa se afectaría y se paralizaría constantemente por el temor de los funcionarios a ser responsabilizados pecuniariamente por cualquier actuación donde no haya mediado negligencia o mala fe, situación que se contrapone con el carácter dinámico de la actividad estatal.⁵¹

⁴⁸ Este principio está recogido en el art. 159 de la Constitución de la República del Ecuador, y el art. 22 literales a) y d) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

⁴⁹ Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 633.

⁵⁰ Arévalo, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, 280.

⁵¹ *Ibíd.*

Para concluir con esta parte, vale mencionar que dentro de los supuestos que pueden considerarse imputables a los agentes públicos, por ejercicio irregular de sus funciones, se pueden mencionar los siguientes:⁵²

- Violación de normas jurídicas;
- Abuso o desviación de poder, que incluye actuar por encima de sus atribuciones o hacer un uso ilegítimo de su cargo, y
- Omisión de sus deberes funcionales y de las reglas técnicas aplicables a su cargo, profesión u oficio.

1.3. El ejercicio del derecho de repetición del Estado

1.3.1. Naturaleza jurídica de la acción de repetición

En líneas anteriores se explicó que el Estado, al ser una entidad con personalidad jurídica actúa a través de personas naturales, quienes de acuerdo a la *teoría del órgano* son consideradas, como partes integrantes de un todo denominado Estado. También se señaló, que la Administración Pública, entendida como el conjunto de instituciones y de personas que realizan la actividad estatal, es responsable por haber seleccionado a los funcionarios que han ocasionado daños, lo cual en definitiva significa que está llamada a responder de manera directa e inmediata, por la actuación irregular de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones.

En este contexto, el Estado tiene el derecho a exigir, a los agentes públicos, un adecuado desempeño de sus funciones, quienes además tienen la obligación de rendir cuentas por sus actuaciones. Este principio ha sido recogido por la Constitución de la República a través de varias disposiciones, principalmente en el inciso primero del art. 233 que textualmente dice: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”

La doctrina encuentra el fundamento de la responsabilidad de los agentes públicos para con el Estado en razón de que existe entre éste y aquellos una relación

⁵² En este sentido, Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 8, 568-71.

contractual de carácter administrativo; en consecuencia todo ejercicio irregular de sus funciones implica para el agente violación del contrato.⁵³

Por consiguiente, la responsabilidad de los agentes públicos, establecida en la Constitución de la República, es una consecuencia del Estado de Derecho y es de naturaleza contractual en razón del empleo público, en virtud de lo cual todo servidor está obligado a sujetar su comportamiento al ordenamiento jurídico, a la par que deberá cumplir las reglas técnicas y éticas concernientes a su profesión u oficio, según el cargo que le haya sido confiado.

Como señala el doctrinario Miguel Capador:

La función pública, puesta al servicio del interés general, ha de desarrollarse bajo los principios de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Cualquier violación de estos principios, por comisión u omisión, hace responsable al servidor público, cuyo comportamiento debe aparecer limpio, lícito, adecuado a la legalidad ya la observancia de los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que lo condicionan.⁵⁴

De lo expuesto se desprende que el derecho de repetición se origina en el supuesto de que el Estado haya asumido la responsabilidad económica por los daños ocasionados por sus agentes en contra de los administrados. En este orden de ideas, me permito ensayar una definición de derecho de repetición, al que concibo como *la potestad que tiene el Estado para procurarse un resarcimiento económico cuando por un acto, hecho u omisión ilícita imputable a los servidores públicos, se haya visto obligado a efectuar una reparación pecuniaria en beneficio de un particular*.

Este derecho se ejecuta a través de la acción de repetición, que no es sino el mecanismo procesal para hacerlo efectivo, cuya finalidad última es la defensa del patrimonio público.

A continuación enunciaremos las principales características de la acción de repetición:⁵⁵

1. *Es una acción constitucional y legal.*- Está prevista en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CR), principalmente en el inciso tercero del numeral 9 del art. 11. Su procedencia se desarrolla a través de

⁵³ En este sentido Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, 392, y Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, XIX-10

⁵⁴ Miguel Capador Sánchez, *Régimen Del Servidor Público* (Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2004), 502.

⁵⁵ Algunas ideas fueron tomadas de Ida María Mestre Ordóñez y María Catalina Garcés Restrepo, *La Acción de Repetición y el Llamamiento en Garantía Ley 678 de 2001*, 62-6.

varias normas jurídicas, entre las que podemos mencionar: la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP): art. 46 inciso cuarto; el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE): art. 213; el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ): arts. 33 y 34; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC): arts. 67-73, y el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP): arts. 40 y 328.

2. *Es una acción de carácter patrimonial.*- Esto se debe a su finalidad resarcitoria, ya que persigue obtener el reembolso de lo pagado como consecuencia de la reparación efectuada por el Estado, por los daños causados a personas particulares que son imputables a servidores públicos.
3. *Es una acción autónoma.*- Por cuanto es independiente y puede existir sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, penal y política que pudiera tener el agente público por el mismo hecho.
4. *Es una acción secundaria.*- Para su procedencia debe mediar, necesariamente, una sentencia condenatoria, o auto aprobatorio de la conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias tales como laudo arbitral o acta de mediación,⁵⁶ así como un acto administrativo, en los cuales se reconozca el pago de una reparación patrimonial por parte del Estado al particular afectado, por un acto u omisión imputable a agentes públicos, en el que haya mediado su culpa grave o dolo. En este contexto, resulta pertinente precisar que el carácter secundario de la acción de repetición, tiene que ver con la necesidad de que exista un reconocimiento primario de daños y perjuicios por parte del Estado –sea a través de sentencia, acto administrativo u otro mecanismo de resolución de controversias–, donde se establezcan los montos de la reparación a que tiene derecho el particular afectado, por una situación que se haya originado por dolo o culpa grave de los servidores públicos. Asimismo, su carácter secundario se manifiesta en el hecho de que su procedencia está supeditada a que la Administración haya satisfecho el

⁵⁶ En nuestra legislación reconoce la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios por violación de derechos constitucionales, sobre los cuales se tratará en detalle más adelante.

valor del daño al particular afectado, y a que se haya declarado la responsabilidad del agente.

5. *Es una acción obligatoria.*- De acuerdo a la CR es un deber del Estado ejercer de *manera inmediata* la acción de repetición en contra de las personas responsables del daño producido (art. 11 No. 9 inc. 3).
6. La doctrina coincide en que *solo se aplica en los casos de culpa grave o dolo.*- Lo cual obedece a una finalidad práctica, pues según lo explica acertadamente el profesor Álvaro Castro Estrada, no es conveniente que la actividad de la Administración Pública se paralice por el temor que tendrían los funcionarios de responder por los perjuicios que se deriven como consecuencia de su actividad normal, por lo que los daños ocasionados por faltas que no sean calificadas como graves serán asumidos por el Estado.⁵⁷

En este orden de ideas, resulta pertinente analizar si la acción de repetición es ejecutiva o de conocimiento. Al tratar sobre el tema, la Dra. Johana Elizabeth Herrera Zambrano, en su investigación titulada “La acción de repetición en la legislación ecuatoriana”, manifiesta que en nuestro ordenamiento jurídico se “ha encasillado a la acción de repetición como un proceso de ejecución, así lo han dicho varias sentencias emitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, sin embargo explica que en la práctica se lo concibe como un proceso de conocimiento, al respecto textualmente dice:⁵⁸

Ante las definiciones de proceso de ejecución referidas, debo precisar que en verdad la acción de repetición en el Ecuador, se la trata como un proceso de conocimiento, como se ha visto, como se ha tramitado y porque he litigado en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se abre la prueba, se evacúa la prueba, en realidad se sustancia como un proceso de conocimiento, aun cuando la doctrina y sentencias judiciales afirman que es un proceso de ejecución, en nuestra legislación, se tramita como un proceso de conocimiento porque se actúa igual que en el resto de juicios.⁵⁹

⁵⁷ Álvaro Castro Estrada, “Responsabilidad Patrimonial del Estado”, *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 27, s.f., 69.

<<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11324/10371>>
Consulta: 03 enero de 2017.

⁵⁸ Johana Elizabeth Herrera Zambrano, *La acción de repetición en la legislación ecuatoriana*, (tesis de maestría, Universidad Andina, Sede Ecuador: 2016), 78.

⁵⁹ *Ibíd.*, 78-79.

Coincido plenamente con lo expuesto por la Dra. Johana Herrera, lo cual además se pone de manifiesto en varias sentencias expedidas por la Corte Nacional de Justicia, sobre las cuales nos referiremos en el numeral 2.1.6 del capítulo segundo de la presente tesis. Por consiguiente, me permito añadir, que el carácter ejecutivo o de conocimiento de la acción de repetición dependerá del enfoque que le otorguen las distintas legislaciones.

Es así que puede ser concebida como una acción ejecutiva, si el legislador establece que la declaratoria de responsabilidad por culpa grave o dolo de los agentes públicos se realizará en la misma sentencia que condena a la Administración Pública a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados; con este antecedente, el objetivo de la acción de repetición se concretará a recobrar los valores sufragados por el Estado, del patrimonio individual de los servidores señalados en la sentencia condenatoria como responsables del daño, tomando en cuenta que el monto a cobrarse pueda ser efectivamente pagado por el agente y no lo deje en una situación de pobreza.

En tanto que, la acción de repetición será de conocimiento si la determinación de la responsabilidad de los funcionarios involucrados en el acto, hecho u omisión dañoso y del monto a pagarse, se efectúa a través de un juicio distinto del que reconoció la obligación del Estado de indemnizar a la víctima del daño, cuyo propósito es, precisamente, declarar la responsabilidad por culpa grave o dolo del servidor público, quien tendrá la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a la defensa, dentro de un procedimiento específico.

Como se señaló anteriormente, la finalidad de la acción de repetición es de naturaleza resarcitoria, por cuanto persigue que el agente público, a quien se le imputa el daño, reembolse al Estado los valores que éste a su vez pagó al particular afectado. En consecuencia, esta acción no tiene carácter indemnizatorio porque quien asumió el valor de la reparación fue precisamente el Estado; tampoco tiene carácter sancionatorio, pues como se dijo en líneas anteriores, la acción de repetición, es independiente de la responsabilidad disciplinaria que pueda tener el agente público por el mismo hecho.

La Comisión para la Defensa Judicial del Patrimonio Público de la Procuraduría General de Colombia sostiene que “la acción de repetición es un instrumento jurídico idóneo destinado a prevenir y resarcir el deterioro del

patrimonio público,”⁶⁰ lo cual es pertinente, toda vez que si el funcionario público conoce que ante la eventualidad de que en el ejercicio de sus funciones cause daño a un particular, como consecuencia de su actuación negligente o dolosa, se verá obligado a rembolsar al Estado, de su propio patrimonio, los valores que fueron pagados por concepto de indemnización o compensación, ésta posibilidad sin duda le persuadirá de observar una actuación apegada a derecho en todo momento.

Por otra parte el Estado, con la acción de repetición, tiene a su alcance un mecanismo jurídico específico para recuperar –aunque sea de manera parcial– los gastos incurridos por concepto de reparación de perjuicios derivados de la mala actuación de los servidores públicos.

En síntesis, la acción de repetición favorece a la eficiencia administrativa en virtud de su carácter preventivo de posibles inconductas por parte de los funcionarios públicos, situación que a la par contribuye al mantenimiento del Estado de Derecho, ya que de alguna forma conmina a los agentes a sujetar su actuación a las normas vigentes, y a respetar los derechos de los ciudadanos. Asimismo, esta acción salvaguarda el patrimonio público a través del resarcimiento de los valores pagados por concepto de reparaciones de daños ocasionados a los particulares.

1.3.2. Condiciones para su ejercicio

La acción de repetición se aplica a todo hecho, acto u omisión proveniente de cualquier órgano o institución de la Administración Pública, incluidos los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por el cual el Estado se haya visto obligado a efectuar reparaciones pecuniarias a favor de personas particulares, en donde se haya determinado negligencia grave o dolo, por parte de sus agentes.

Es necesario aclarar, que nuestro ordenamiento jurídico excluye expresamente la responsabilidad patrimonial de los legisladores –no del Estado– que surja como consecuencia de la promulgación de una Ley, en virtud de lo que dispone el inciso primero del art. 128 de la CR, que textualmente dice: “Las asambleístas y los asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que

⁶⁰ Comisión para la Defensa Judicial del Patrimonio Público de la Procuraduría General de Colombia, *La Acción de Repetición*, presentación en Power Point
<www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/cartelera/Archivos/1610/> Consulta: 30 de mayo de 2013.

emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional.”⁶¹

La doctrina ha considerado de suma importancia que los legisladores gocen de *inmunidad de fondo*, situación que los hace irresponsables civil y penalmente en el ejercicio de sus competencias, que son principalmente las de legislar y fiscalizar a las otras funciones del Estado, para poderlas realizar con la mayor libertad posible y sin la injerencia de presiones externas. El Dr. Rafael Oyarte al explicar el tema, expone lo siguiente: “Cuando se aprueba una ley se pretende beneficiar el interés general, pero puede haber sectores que se sientan afectados incluso en el ámbito patrimonial. Si el legislador no tuviera esta inmunidad, eventualmente, se vería avocado a procesos civiles por daños y perjuicios, por ejemplo.”⁶²

En consecuencia, en los casos de daños ocasionados por la promulgación de una ley, el Estado asumirá el pago de las indemnizaciones que correspondan, sin poder repetir en contra de los legisladores el reembolso de dichos valores, en razón de la inmunidad de fondo de la que están investidos.

Sin embargo, en el supuesto de que los asambleístas se apartaran del uso legítimo de sus funciones y tomaran decisiones en ocasión de sus atribuciones (distintas a la legislativa), al margen de lo previsto en la Constitución y las leyes, no sería aplicable el principio de inmunidad, ya que toda actividad ilegítima realizada dentro del ejercicio de una función pública acarrea responsabilidad, según lo prevé la CR, pues el Estado de derecho y el bien común deben prevalecer frente a cualquier decisión arbitraria que adopte el órgano legislativo.⁶³

De lo expuesto se desprende que la inmunidad parlamentaria no debe ser entendida como impunidad. Consecuentemente, en los casos en que los asambleístas tomen decisiones que abiertamente violenten el ordenamiento jurídico establecido,

⁶¹ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], capítulo segundo, sección 1ª, “Asamblea Nacional”, Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008), art. 128.

⁶² Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, *La Función Legislativa* (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005), 40.

⁶³ Como ejemplo de estas situaciones arbitrarias, tenemos la inconstitucional cesación de sus cargos a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por decisión del Congreso Nacional con el concurso del Presidente de la República del Ecuador ocurrida el 8 de diciembre de 2004, respecto de la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó “que la destitución de las víctimas fue el resultado de una decisión que atentó contra las garantías judiciales, la independencia judicial, la permanencia en el cargo y la protección judicial.” El Estado Ecuatoriano fue condenado a efectuar la correspondiente reparación pecuniaria en favor de los magistrados destituidos y a adoptar medidas para que este tipo de situaciones no se repitan. Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013. < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf> Consulta: 2 de febrero de 2017.

v.gr. en sus tareas de fiscalización, éstos deberán responder, como cualquier otro servidor público, por las consecuencias patrimoniales que ocasionen sus actuaciones ilegítimas.

Continuando con el desarrollo de la presente investigación, consideramos que los requisitos para la procedencia de la acción de repetición son los siguientes:

1. Que exista el reconocimiento de los daños por parte del Estado a través de sentencia ejecutoriada⁶⁴;
2. Que se haya verificado el pago de una suma de dinero por parte del Estado o sus instituciones por concepto de reparación de daños y perjuicios ocasionados a un particular, sea este una persona natural o jurídica, y
3. Que el daño reparado sea antijurídico e imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente o ex agente público, suscitada, obviamente, durante el ejercicio de sus funciones.

Dentro del presente análisis resulta pertinente señalar que, como consecuencia de los procesos de eficiencia administrativa y desconcentración de las actividades del Estado, las instituciones públicas pueden transferir la ejecución de ciertas actividades al sector privado,⁶⁵ así tenemos que el art. 41 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (en adelante LME) establece la posibilidad de que el Estado delegue a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras similares,⁶⁶ en concordancia con el art. 316 de la CR.

Con relación a lo expuesto, el art. 11 No. 9 inc. 2, de la CR prevé que “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.” De lo cual se desprende que en los casos en que el daño sea imputable a un

⁶⁴ Considero que la acción de repetición también puede originarse en un acto administrativo firme, por el cual se reconozca una reparación pecuniaria en favor de particulares afectados por la actuación ilegítima de servidores públicos.

⁶⁵ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 123.

⁶⁶ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, Ley 50, Registro Oficial No. 349 (31 de diciembre de 1993).

concesionario o a un contratista del Estado, el particular afectado podrá demandar directamente la reparación a la entidad contratante misma que estará obligada a satisfacer el importe de la indemnización, conservando para sí el derecho de repetición en contra del responsable, en atención a lo dispuesto en el inc. 3 del No. 9 del referido art. 11, que de manera general prevé que el Estado ejerza de forma inmediata el derecho de repetición.

El ejercicio de la acción de repetición es autónomo, valga la redundancia, respecto de otras acciones que puede iniciar el Estado derivadas de los distintos tipos de responsabilidad que tienen los servidores públicos. Ya se había mencionado la importancia que la doctrina da a la presencia de culpa grave o dolo en la omisión o acto dañoso imputable al agente público, para la procedencia de esta acción, lo cual constituye un elemento distintivo de otras formas de responsabilidad pecuniaria que los funcionarios pueden tener frente al Estado, para cuya procedencia solo basta que el hecho u omisión culposa se imputable al servidor, por ejemplo, en aquellos casos relacionados con el manejo y gestión de bienes y fondos públicos en los que interviene la Contraloría General del Estado.

Resulta pertinente adelantar que la determinación de la intencionalidad en la conducta del agente público, a quien se le atribuye el daño ocasionado a personas particulares por culpa grave o dolo, es una tarea que en muchos casos entraña dificultades, situación que en la práctica podría obstaculizar el ejercicio de la acción de repetición, como se explicará en detalle más adelante.

Con relación al ejercicio del derecho de repetición, el doctrinario Héctor Arévalo manifiesta que tiene que hacerse efectivo en proporción al grado de participación que haya tenido el agente en el hecho que ha ocasionado perjuicios, a la par que se deberá considerar su situación económica con la finalidad de aplicar una sentencia que pueda efectivamente ser cumplida. Para fundamentar esta afirmación, cita el voto emitido por los doctores María Elena Giraldo Gómez y Benjamín Herrera Barbosa, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia en sentencia de 18 de septiembre de 1997, donde textualmente se lee:

La sanción de quien actúa con culpa grave o dolo debe buscar la eficacia jurídica, y no simplemente imponer cargas que no se puedan satisfacer, o que satisfechas podían de pronto, atentar con el sustento de quien, si bien infringió el ordenamiento jurídico, por el hecho de ser, ser humano merece en el criterio de la justicia social, vivir en condiciones mínimas de bienestar; y entonces si el Estado no le permitiera esto por imponerle cargas mayores a las que podía soportar, sería

también actor de la antijuricidad [...] Además porque, razonablemente y por vía indirecta, el Estado propició la producción del hecho dañino al haber seleccionado al agente y por no vigilar sus conductas, etc.⁶⁷

Con relación a lo expuesto por el profesor colombiano, vale comentar, que al tener la acción de repetición una finalidad resarcitoria, lo procedente es que se condene al agente público al pago de montos que le sean posibles satisfacer, pues de lo contrario la eficacia del derecho de repetición quedaría en tela de duda. Además como se expone de manera acertada en el fallo citado, el imponer cargas que son imposibles de cumplir derivaría en situaciones antijurídicas en contra de los servidores a quienes les es imputable el daño, pues el Estado sigue siendo corresponsable de la conducta de sus agentes, y como tal está obligado a soportar parte de la carga, mediante la consignación de aquellos montos que el servidor no pueda sufragar.

Una vez iniciada la acción de repetición se deberá tomar en cuenta que la participación del servidor público en forma de acto, hecho u omisión, debe ser *causa eficiente* del daño. En otras palabras, se debe justificar, de manera inequívoca, que sin la participación del agente público no se hubiera producido el daño. Puede darse el caso de concurrencia de culpa, tanto del particular que sufre el daño como del funcionario. En este supuesto, el monto de la indemnización podría disminuir, en proporción al grado de responsabilidad del agente público.⁶⁸

La participación del funcionario debe manifestarse como una acción u omisión antijurídica que le sea imputable, por lo tanto, el servidor estará exento de responsabilidad en todos los casos en que los hechos dañosos se deriven de un acto u omisión atribuible a un tercero, que bien podría ser otro servidor, o en las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, que son tomados como expresiones sinónimas por el Código Civil,⁶⁹ y que se definen como el *imprevisto a que no es posible resistir*.⁷⁰

Recapitulando lo expuesto en esta parte, queda claro que el Estado solo podrá ejercer el derecho de repetición en aquellos casos en que se compruebe que la acción u omisión antijurídica productora del daño, fue realizada mediando culpa grave o dolo del agente público, y en ocasión de sus funciones. Consecuentemente, deberá

⁶⁷ Arévalo, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, 193.

⁶⁸ *Ibíd.*, 226 - 7.

⁶⁹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial Suplemento No. 46 (24 de junio de 2005).

⁷⁰ El art. 30 del Código Civil textualmente dice: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

justificarse la existencia de una relación directa entre la conducta del funcionario y la producción del hecho dañoso. Es decir, que el suceso no se ha presentado por la propia culpa del administrado afectado, por la intervención de un tercero o por fuerza mayor o caso fortuito.

Adicionalmente, se debe considerar que de acuerdo a la doctrina, el monto de la reparación deberá exigirse, tratándose de varios funcionarios implicados en el daño, de acuerdo a su grado de participación.⁷¹ También se deberá tener en cuenta que en ciertas circunstancias será imposible para el servidor reponer los valores pagados por el Estado, dada la cuantía de la reparación dispuesta. En tales casos, para poder hacer efectivo el derecho de repetición deberá fijarse un monto que pueda ser asumido por el funcionario, sin quedar en estado de necesidad.

⁷¹ Arévalo, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, 193.

Capítulo segundo: Dificultades en la aplicación del Derecho de Repetición

2.1. Problemática específica en el Ecuador

En este capítulo se pretende explicar los problemas que se presentan en el ejercicio del derecho de repetición dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tomando como punto principal de estudio las reformas legales introducidas como consecuencia de la aprobación, mediante referéndum, de la Constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre de 2008.

A manera de introducción, es necesario mencionar que desde el inicio de la vida republicana del Ecuador ya se reconocían los principios de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos. Así tenemos que la Constitución del Estado del Ecuador de 1830,⁷² en su art. 7, definía al Gobierno del Estado como *“popular, representativo, alternativo y responsable”*. Con relación a la responsabilidad de los funcionarios, la parte final de su art. 57, preceptuaba que *“Todo empleado es responsable de su conducta en el ejercicio de sus funciones.”*

Similares disposiciones constan en las subsiguientes constituciones del país a las cuales se incorporó el principio de responsabilidad de los servidores públicos, en los casos en que cometieren abusos o violaren la constitución y las leyes, en el ejercicio de sus cargos.

Es importante mencionar que en el art. 99 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1869,⁷³ se estableció la responsabilidad directa de los agentes públicos, en estos términos: *“El funcionario público que atentare contra la propiedad particular, quedará sujeto con su persona y bienes a indemnizar los daños y perjuicios que ocasionare.”* Este principio se mantiene en las distintas cartas políticas, incluida la Constitución de 1946, cuyo art. 160, preveía que: *“No habrá en el Ecuador autoridad alguna exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones,* precepto que se complementaba con lo dispuesto en el art. 178 *ibídem,* que establece la responsabilidad patrimonial directa de los agentes públicos por

⁷² Constitución del Estado del Ecuador [1830], tít. I, “Del Estado del Ecuador”, sección II, “Del Territorio del Estado del Ecuador, de su Gobierno y Religión”, Registro Auténtico No. 1 (31 de mayo de 1830).

⁷³ Constitución Política de la República del Ecuador [1869], tít., XI, “De las garantías”, Recopilación de Leyes del Ecuador, Aurelio Noboa editor, s.l. I, 375 (11 de agosto de 1869).

violaciones a las garantías constitucionales de la siguiente manera: *“Los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren; y, respecto de los delitos que la violación de tales garantías entrañare [...]”*. La norma en referencia preceptuaba que los funcionarios podían ser acusados por cualquier persona, y que la responsabilidad civil por estos hechos era independiente de la penal (inc. 1 y 3).⁷⁴

Con relación a nuestro objeto de estudio que es el derecho de repetición del Estado, encontramos que su reconocimiento comenzó a tomar forma en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Constitución de 1967, cuyo art. 27 textualmente disponía:

El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

No obstante, lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.

De la lectura de esta norma se evidencia, en primer lugar, el reconocimiento constitucional del deber del Estado y de las entidades públicas y semipúblicas de reparar directamente los daños ocasionados a los ciudadanos por los actos de sus agentes y por aquellos derivados de la prestación de servicios públicos.

En segundo lugar, esta disposición se refiere a la prerrogativa estatal de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos que hayan causado perjuicios al Estado o a los particulares, por dolo o culpa grave, sin distinguir si se trata de la responsabilidad civil o administrativa. En tanto que la determinación de la responsabilidad penal quedaba a cargo de los jueces competentes.

En términos similares, pero ya de una manera expresa, el art. 20 de la Constitución Política de 1979,⁷⁵ establece el deber del Estado y sus instituciones de indemnizar a los particulares afectados por la prestación deficiente de los servicios públicos o por los actos de los servidores y empleados públicos, y reconoce a su vez

⁷⁴ *Constitución Política del Ecuador* [1946], Parte Segunda, “Normas de acción”, tít. I “Preceptos fundamentales”, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 773 (31 de diciembre de 1945).

⁷⁵ *Constitución Política del Ecuador* [1979], Decreto Supremo 000, Registro Oficial No. 800 (27 de marzo de 1979).

el derecho de repetición del Estado en contra de los agentes a quienes se les atribuye la responsabilidad por el daño, cuando este fuere ocasionado por culpa grave o dolo, judicialmente declarado.

Con una redacción similar, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998⁷⁶ (en adelante CPE), en su art. 20 establece el deber de las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de indemnizar las afectaciones patrimoniales injustas causadas a los particulares, y dispone el ejercicio del derecho de repetición en contra de los agentes responsables. La CPE en su art. 22 también determina el ejercicio del derecho de repetición del Estado en contra de los jueces y demás servidores de la Función Judicial, en los casos de error judicial, ocasionado por inadecuada administración de justicia, dentro de los que se incluyen los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por violaciones al debido proceso.

En este contexto, resulta pertinente referirnos al contenido del art. 18 *ibídem*, que disponía lo siguiente:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

La referida disposición de la CPE de 1998, se reviste de especial trascendencia, por cuanto ordenaba el reconocimiento y aplicación inmediata de los derechos constitucionales –dentro de los que figura el derecho de repetición del Estado–, sin que pueda alegarse falta de ley. Sin embargo, en el periodo comprendido desde la incorporación constitucional del derecho de repetición al ordenamiento jurídico ecuatoriano, en 1979, hasta antes de la promulgación del COFJ y de la LOGJCC, que son los cuerpos normativos que establecen las primeras disposiciones procesales encaminadas a regular el ejercicio de la acción de

⁷⁶ *Constitución Política de la República Ecuador* [1998], Decreto Legislativo 0, Registro Oficial No. 1 (11 de agosto de 1998).

repetición, no existen evidencias jurisprudenciales de que se hayan iniciado estas acciones en contra de agentes públicos, derivadas de juicios de daños y perjuicios seguidos en contra del Estado.

Cabe señalar que han existido varias iniciativas con el objeto de crear normas procedimentales tendientes a regular el ejercicio del derecho de repetición, mismas que, por distintos motivos, no se concretaron.

Entre estas iniciativas consta el proyecto de Ley que Regula el Derecho de Repetición, presentado por la Procuraduría General del Estado en mayo de 2004, el cual, según explica el Dr. Hernán Estuardo Saltos Álvarez, fue retirado por dicha entidad a fines de julio de 2007 y sustituido por otro proyecto, “por estimar que existen omisiones y falencias que podrían dificultar su implementación.”⁷⁷ A estas propuestas de la Procuraduría se suma el proyecto de Ley de Repetición, planteado por el asambleísta Mauro Andino el 24 de noviembre de 2010, que fue debatido por el órgano legislativo sin llegar a aprobarse.⁷⁸

Consideramos que la falta de aplicación del derecho de repetición dentro del período comprendido entre 1979 hasta 2009 –año en que se promulgaron el COFJ y la LOGJCC–, se debe principalmente a las siguientes causas:

1. Ausencia de normas procesales que regulen expresamente la acción de repetición.
2. Falta de voluntad política para la aprobación de tales normas.
3. Resistencia por parte de las autoridades administrativas y de los operadores de justicia a aplicar directamente los preceptos constitucionales.

Dentro de este contexto, resulta relevante referirme al informe para el segundo debate del proyecto de Ley de Repetición, emitido el 28 de noviembre de 2011, por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador, en cuyo numeral 5.3 consta una clara explicación del porqué no se aplicó el derecho de repetición regulado en la CPE de 1998, que me permito reproducir a continuación:⁷⁹

⁷⁷ Hernán Estuardo Saltos Álvarez, *La responsabilidad del Estado por la prestación deficiente de servicios públicos o por los actos de sus funcionarios y el ejercicio del derecho de repetición* (tesis de maestría, Universidad Andina, Sede Ecuador: 2007), 57.

⁷⁸ Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador, *Informe para el segundo debate del Proyecto de Ley de Repetición* (Quito: 28 de noviembre de 2011), 4.

⁷⁹ *Ibíd.*, 12.

Una de las razones por las que el derecho de repetición previsto en el artículo 20 de la Constitución de 1998 tuvo dificultades para aplicarse adecuadamente fue porque los jueces que conocían las causas no se pronunciaron sobre el dolo o la culpa grave de los funcionarios públicos, exigencia que era requisito para su efectivización. Esto, a su vez, tiene relación con el hecho de que no era posible que se declare responsable al servidor público, pues éste no era parte del proceso y, por tanto, no podía ejercer su derecho a la defensa. La ley nunca previó un procedimiento adecuado para tal efecto.

Se debe agregar que la falta de un procedimiento específico para demandar la acción de repetición, obligaba a plantear una acción civil ordinaria, proceso en el que recién tendría que demostrarse que la responsabilidad del servidor se originaba en el dolo o la culpa grave. Además, se generaba una complicación adicional: la determinación de la responsabilidad del funcionario, previo al inicio de la acción, tenía que ser declarada por la Contraloría General del Estado, declaración que si se efectuaba, no surtía ningún efecto.

Es importante señalar que actualmente las primeras demandas de repetición se están tramitando ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, por lo que al momento existe una incipiente casuística.

De manera previa a realizar un análisis de la legislación relativa al derecho de repetición vigente en el Ecuador, es conveniente considerar que la acción de repetición, en muchos casos, tiene como antecedente la presentación de un reclamo por vía administrativa o de una demanda judicial, en los cuales el particular que se siente afectado por la actividad estatal, sea éste persona natural o jurídica, pretende una reparación económica.

Después de la aceptación de la pretensión en sentencia ejecutoriada, se dispondrá la correspondiente reparación económica. Una vez que la compensación o indemnización ordenada haya sido satisfecha por el Estado, surge la posibilidad de que éste inicie la acción de repetición en contra de los servidores públicos a quienes se les atribuye la conducta dañosa, la cual tiene por objeto determinar la responsabilidad por culpa grave o dolo de los agentes públicos implicados, y recuperar, en la medida de lo posible, los valores de la reparación efectuada.

Los reclamos y demandas de daños y perjuicios presentados por los ciudadanos en contra de las entidades públicas, pueden originarse en diversas situaciones, como son: las violaciones a los derechos humanos; los errores en la administración de justicia; la deficiente prestación de servicios públicos; el incumplimiento contractual por parte del Estado y sus instituciones, y los demás actos o hechos ilegítimos provenientes del sector público que hayan lesionado derechos de los particulares.

En la actualidad, las demandas por las que se persigue la reparación de daños y perjuicios ocasionados por el Estado, deben presentarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del domicilio del particular que se considera afectado por la actividad estatal.

2.1.1. El derecho de repetición a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008

En la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CR), aprobada a través del referéndum de 28 de septiembre de 2008, encontramos que de manera similar a sus antecesoras, las constituciones políticas del Ecuador de 1979 y de 1998, se recoge el principio de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, al que se añade el derecho de repetición.

Como se señaló anteriormente, la CR reconoce el principio de responsabilidad de los servidores públicos, en varios de sus artículos, dentro de los cuales tiene especial importancia el art. 11 No. 9, que en sus incisos 2, 3, 4 y 5, dispone lo siguiente:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Los citados incisos del numeral 9 del art. 11 de la CR se refieren, en primer lugar y de manera general, a la obligación que tienen el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, de reparar las violaciones a los derechos de los particulares originadas en el ejercicio de una actividad estatal. Suponemos que este deber de reparación se deriva

necesariamente de actuaciones u omisiones ilegítimas, las cuales, al tenor de la norma pueden originarse en las siguientes circunstancias:

- Falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- Acciones u omisiones de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.
- Detención arbitraria.
- Error judicial.
- Retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.
- Violación del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

En segundo lugar, se refiere al ejercicio del derecho de repetición que tiene el Estado en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, a que haya lugar, derivadas del mismo hecho, acto u omisión.

Por lo tanto, de la lectura de esta disposición constitucional se desprende que el deber de reparación lo asume directamente el Estado, el cual posteriormente puede ejercer la acción de repetición en contra de sus delegatarios, concesionarios y de cualquier servidor público.

Finalmente, la disposición analizada, se refiere, en su quinto inciso, a la obligación del Estado de reparar a la persona que haya cumplido con una sanción penal impuesta por una sentencia condenatoria que ulteriormente fuere reformada o revocada. Se indica que el Estado ejercerá la acción de repetición una vez declarada la responsabilidad, por tales actos, de los servidores públicos sean estos administrativos o judiciales.

Partiendo del texto constitucional, se deduce que la reparación efectuada por el Estado debe ser inmediata, pues su prerrogativa de iniciar la acción de repetición está condicionada a que el pago en favor del particular afectado se haya concretado. Considero que en la práctica resulta difícil que las entidades públicas o las autoridades administrativas admitan, en sede administrativa, su responsabilidad frente a los particulares presuntamente afectados por una actuación u omisión del poder público, por lo que en la mayoría de los casos, la reparación, vía compensación o indemnización, se ordenará en sentencia.

Es importante recalcar que en los citados incisos del No. 9 del art. 11 de la CR, no se hace referencia a los parámetros establecidos por la doctrina respecto de la

procedencia de la acción de repetición, que considera que esta acción tiene lugar, únicamente cuando se comprueba la existencia de dolo o culpa grave imputable al servidor público que intervino en el hecho, acto u omisión que ocasionó perjuicios a los particulares. La norma en referencia aborda el tema de la responsabilidad de los servidores públicos de una manera mucho más amplia, al punto que podría entenderse que el Estado estaría facultado para repetir el importe de las reparaciones efectuadas, en todos los casos en que por cualquier acción u omisión de algún servidor público se haya ocasionado daños a los particulares, incluido el error judicial. Al tenor de la disposición analizada bastaría determinar la existencia del nexo causal entre la acción u omisión del servidor y el perjuicio sufrido por el administrado para iniciar la acción de repetición.

Como se señaló anteriormente, la doctrina concibe que el derecho de repetición del Estado se aplica de forma exclusiva en los casos en que se evidencie la existencia de culpa grave o dolo en la actuación del agente público a quien se le atribuye la responsabilidad por el daño, este criterio fue acogido de manera expresa en las constituciones de 1979 y 1998. Ésta última en su art. 20 textualmente disponía:

Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Considero que la redacción del citado artículo de la CPE de 1998, cuyo contenido es muy similar al de la Constitución de 1979 (también en su art. 20), tenía disposiciones más concretas y precisas, comparadas con las que tiene la actual Carta Política respecto del principio de responsabilidad del Estado y del ejercicio del derecho de repetición, cuyos preceptos y extensión pueden dar lugar a diversas interpretaciones.

Por otra parte, es importante destacar que el Estado tiene el deber y la prerrogativa de exigir a los agentes públicos un adecuado desempeño de sus funciones, existiendo por parte de aquellos la obligación correlativa de rendir cuentas al Estado. Este principio consta, principalmente, en el inciso primero del art. 233 de la CR que textualmente dice: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de

responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”

En este contexto, resulta pertinente referirme a la definición de servidor público que trae la CR en el inciso primero de su art. 229, que expresamente señala: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”

De lo expuesto se deduce que la noción de responsabilidad se extiende a cualquier trabajador, funcionario, servidor o dignatario, sea éste elegido por votación popular, de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, perteneciente a cualquiera de las funciones del Estado, incluidos los organismos de control, entidades seccionales y empresas públicas, por lo tanto, abarca a todas las funciones y actuaciones del Estado.

La Constitución vigente en su art. 11 No. 3, de manera similar al art. 18 de la Constitución Política de 1998, señala que los derechos y garantías constitucionales, serán plenamente exigibles ante autoridades administrativas y judiciales. Cabe recalcar que respecto del derecho de repetición, el antes mencionado inciso 3 del No. 9 del art. 11, dispone que el Estado lo ejercerá de *forma inmediata* en contra de las personas responsables, a diferencia de lo señalado por la CP de 1998, donde se establecía la necesidad de que exista una declaratoria judicial de responsabilidad por dolo o culpa grave del agente público para la procedencia de la acción de repetición, lo cual haría suponer que dentro del nuevo marco constitucional se pretende la implementación de mecanismos ágiles para la determinación de responsabilidades y el ejercicio de la acción de repetición. Sin embargo, como se verá más adelante, la repetición se hace efectiva después de que la responsabilidad del agente público es declarada por el órgano judicial competente.

Resulta pertinente señalar que en varias normas sustantivas del ordenamiento jurídico se recoge expresamente el derecho de repetición en contra de los agentes públicos responsables. A continuación nos referiremos a algunas de estas:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,⁸⁰ art. 69, inc. 7:

⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Ley 1, Registro Oficial Suplemento No. 395 (04 de agosto de 2008).

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP),⁸¹ art. 46 inc. 4:

En caso de fallo favorable para la servidora o servidor suspendido y declarado nulo o ilegal el acto, se le restituirán los valores no pagados. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que la servidora o el servidor haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave. La sentencia se notificará a la Contraloría General del Estado para efectos de control.

La misma Ley en su disposición general vigésima tercera, prevé lo siguiente:

Las autoridades y funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales que en el ejercicio indebido de sus facultades, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán administrativa, civil y penalmente responsables. Las acciones para demandar la reparación de los daños causados, se sustanciarán ante una de las Salas de lo Distrital de lo Contencioso Administrativo; y, de ordenarse en sentencia el resarcimiento demandado, el fallo ordenará que se haga efectivo el derecho de repetición en contra de él o los servidores responsables.

Finalmente y sin que esta pretenda ser una enunciación exhaustiva, nos referiremos a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante LOCGE),⁸² que en su art. 86 señala lo siguiente:

Responsabilidad por ejercicio indebido de facultades de control.- Las autoridades, funcionarios y servidores de la Contraloría General del Estado que, en ejercicio indebido de sus facultades de control y de determinación de responsabilidades, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.

Las acciones para perseguir el resarcimiento de daños causados por el ejercicio indebido de facultades de control, se sustanciarán ante los órganos jurisdiccionales competentes y prescribirán en los plazos establecidos en la ley.

⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Ley 0, Registro Oficial Suplemento No. 294 (06 de octubre de 2010).

⁸² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 595 (12 de junio de 2002).

De lo expuesto se evidencia que distintas normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano recogen el principio de responsabilidad del Estado y el derecho de repetición, cuyos procedimientos se analizarán a continuación.

2.1.2. El ejercicio del derecho de repetición en contra de servidores de la función judicial

Profundizando lo señalado en líneas anteriores, encontramos que en el COFJ, promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, se establecen, por primera vez, normas procesales específicas que regulan el ejercicio de la acción de repetición en contra de los servidores de la función judicial, en los casos en que el Estado haya sido condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, en armonía con las disposiciones contenidas en los incisos 4 y 5 del numeral 9 del art. 11 de la CR.

En primer lugar, tenemos que el art. 15 del COFJ establece la responsabilidad del Estado en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, disponiendo que éste reparará a la persona que haya sufrido una pena como resultado de una sentencia condenatoria, que con posterioridad fuere reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, previsto exclusivamente en materia penal.

Una vez declarada la responsabilidad por tales actos, provenientes de servidores públicos, administrativos o judiciales, el Estado ejercerá la acción de repetición en contra de ellos. Más adelante, la norma en referencia, dispone que los servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los demás operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo, consecuentemente, tendrán responsabilidad administrativa, civil y penal por las acciones u omisiones suscitadas en el desempeño de sus funciones.

El art. 32 ibídem establece algunos elementos procesales de la acción de daños y perjuicios, incluido el daño moral, por inadecuada administración de justicia. Así tenemos que los particulares afectados, por la prestación deficiente del servicio de justicia, sus causahabientes o representantes, están facultados para presentar

demandas tendientes al resarcimiento de los derechos presuntamente vulnerados, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo competentes en razón de su domicilio.

La legitimación pasiva en estas acciones corresponde al representante legal del Consejo de la Judicatura, debiendo el ofendido demandar, en el mismo escrito, la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral –en el caso de que considere tener derecho a ello–, dentro del plazo de cuatro años contados desde el último acto violatorio de sus derechos.

El art. 33 del COFJ, regula expresamente el ejercicio de la acción de repetición, que tiene lugar como consecuencia de una demanda de daños y perjuicios por inadecuada administración de justicia. La norma en referencia establece que una vez presentada la demanda de daños y perjuicios, los funcionarios presuntamente responsables, serán citados como partes procesales, a petición del Consejo de la Judicatura, y deberán aportar toda la prueba de que dispongan, con la finalidad de demostrar que los daños no se produjeron por dolo o negligencia suya, sin que se pueda alegar como causa de justificación el error inexcusable u orden superior jerárquica.

Continuando con la explicación del trámite, tenemos que en el supuesto de que en la sentencia ejecutoriada se declare que los servidores no han justificado su conducta, se ordenará que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios, incluido el daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra las personas responsables, tendiente a obtener el reembolso del monto total pagado por el Estado, más los intereses legales que correspondan desde la fecha del pago, además de las costas judiciales.

Es importante mencionar que el texto de esta disposición se aleja de las corrientes doctrinales, toda vez que la acción de repetición, según el COFJ, procede en contra de los servidores judiciales por *dolo o negligencia*,⁸³ mientras que para la doctrina ésta acción se aplica en los casos de dolo o *negligencia grave*. Como se mencionó en el acápite 1.3.1 de la presente investigación, la postura doctrinal tiene su explicación en el hecho de que si el derecho de repetición se derivara de cualquier acción u omisión culposa del poder público, su ejercicio terminaría entorpeciendo la actividad del Estado.

⁸³ Ecuador, COFJ, art. 33, inc. 3

Un aspecto muy interesante de esta normativa es la inmediatez y simultaneidad que se da al ejercicio de la acción de repetición, ya que en el juicio de daños y perjuicios seguido en contra del Estado, se determina también la responsabilidad de los agentes a quienes se les imputa la actuación u omisión de la que se deriva una situación de “inadecuada administración de justicia.” Es así que una vez cancelado el importe de la reparación pecuniaria establecida en sentencia, procede iniciar una acción coactiva en contra de los funcionarios responsables tendiente a recaudar *la totalidad* de los valores pagados por el Estado.⁸⁴

En este punto resulta pertinente recordar que la doctrina a través del profesor Héctor Arévalo y la jurisprudencia colombiana recomiendan que la reparación económica derivada de la acción de repetición, se efectúe en la medida que el agente responsable pueda restituir el valor pagado, tomando en consideración su situación económica particular, con el propósito de no dejarlo en la pobreza y, que además, el reintegro de valores al erario público se cumpla, aunque sea de manera parcial. Sin embargo, la norma persigue el reintegro total de los valores, lo cual en la práctica, en muchos casos, no será posible.⁸⁵

El procedimiento descrito en el COFJ podría complementarse con la implementación de medidas cautelares tales como la prohibición de enajenar o el secuestro de bienes en contra de los presuntos responsables, dispuestas de manera paralela al inicio de la acción de daños y perjuicios, cuando existan suficientes indicios de responsabilidad, para de esta manera garantizar la efectiva restitución de los valores pagados por el Estado.

Por otra parte, resulta pertinente mencionar que, según el COFJ, la carga de la prueba recae en el servidor judicial implicado en la situación que originó el daño, quien está obligado a comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que disponga a fin de *demostrar* que los hechos, actos u omisiones, que ocasionaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a “caso fortuito o a fuerza mayor.” De lo expuesto se desprende que en las acciones por daños y perjuicios seguidas en contra del Estado por error judicial, existiría una presunción de responsabilidad en contra de los servidores que intervinieron en los hechos, actos u omisiones, que se alegan fueron violatorios de los derechos del particular ofendido, quienes además deberán comparecer como partes procesales desde la citación con la demanda.

⁸⁴ *Ibíd.*, art. 33, inc. 1

⁸⁵ Arévalo, *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, 193, 226 - 7.

Si bien el art. 33 del COFJ señala que los servidores, a quienes se les imputa el daño, tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, la obligatoriedad de presentar pruebas de descargo que se les impone, contradice la garantía fundamental de la presunción de inocencia reconocida en el numeral 2 del art.76 de la CR, que textualmente dice:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Considero que tanto la prueba del daño, como la que demuestre la supuesta responsabilidad por dolo o negligencia del servidor judicial, debería recaer en quien la alega, pues de lo contrario se violenta la presunción de inocencia, y el principio general del derecho que dispone que la justificación del daño siempre corresponde a quien lo alega.

Respecto de estos procedimientos, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de interponer recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, según se desprende de lo dispuesto en el numeral 6 del art. 185 del COFJ.⁸⁶

2.1.3. El ejercicio del derecho de repetición en los casos de violación de derechos humanos y de derechos constitucionales por parte del Estado o sus instituciones

El 22 de octubre de 2009, se promulgó la LOGJCC, cuyo objeto y finalidad es regular la jurisdicción constitucional con el propósito de “garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza” (art. 1 LOGJCC). El ámbito de aplicación de esta ley concierne a los procedimientos constitucionales que son: la acción de protección, el hábeas corpus, la acción pública

⁸⁶ El numeral 6 del art. 185 de COFJ dice: “La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: [...] 6. Los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; así como los recursos de casación por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos.

de inconstitucionalidad, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

En cuanto al derecho de repetición, este cuerpo normativo prevé su ejercicio en los siguientes casos: a) Cuando el Estado haya sido condenado efectuar reparaciones materiales por daños ocasionados a particulares, en sentencias o autos definitivos, emitidos en procesos de garantías jurisdiccionales, y b) Cuando la reparación material fue ordenada en sentencias o resoluciones definitivas de organismos internacionales de protección de derechos (art. 67 LOGJCC). La LOGJCC define al daño como la “consecuencia o afectación que la violación al derecho produce” (art. 9 literal b).

El art. 17 de la LOGJCC regula el contenido de las sentencias dictadas en los procedimientos constitucionales, donde se destaca su No. 4, que establece que la parte resolutive de los fallos contendrá: “La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.”

De acuerdo con la LOGJCC, en caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. Esta reparación integral persigue que los afectados por el derecho violado gocen y disfruten de su derecho de la manera más adecuada y que, en lo posible, se restablezca la situación anterior a la transgresión.

La reparación podrá incluir, entre otras formas las siguientes: la restitución del derecho; la compensación económica o patrimonial; la rehabilitación; las garantías de que el hecho violatorio no se repita; la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar a los responsables, y el establecimiento de medidas de reconocimiento (LOGJCC art. 18, inc. 1).

En todo caso, es necesario destacar que la LOGJCC establece la obligación del juez de declarar la responsabilidad el Estado o de la persona particular en los casos en que efectivamente se haya justificado la vulneración de derechos constitucionales. En los supuestos de violaciones a derechos fundamentales, atribuidas a entidades estatales, la resolución deberá ser puesta en conocimiento de la máxima autoridad de la institución responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes que podrían suponer la imposición de medidas disciplinarias en contra de los servidores responsables, y posteriormente el ejercicio

de la acción de repetición en su contra, siempre y cuando la entidad haya efectuado la reparación material establecida en sentencia dictada dentro de un procedimiento contencioso administrativo (art. 20 LOGJCC).

Es así que, en los casos en que la violación de derechos haya sido perpetrada por un particular, el mismo juez que conoció la acción constitucional establecerá el monto de la reparación a través de un procedimiento sumario, y en el caso de que provenga del Estado o de una institución pública, el monto de la indemnización se determinará a través de un juicio ordinario, tramitado ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. La norma no es clara con relación a la posibilidad de interponer recurso de casación respecto de estas sentencias, pues la parte final del art. 19 de LOGJCC, señala que “solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.”⁸⁷

En definitiva, los jueces dentro de los procedimientos constitucionales deben decidir únicamente sobre la procedencia de la reparación al declarar la existencia del daño, mientras que el monto de la reparación material se determina a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En mi opinión, el contenido de estos preceptos disminuye la eficacia de la acción de repetición, ya que no existiría posibilidad de ejercerla de manera inmediata como prescribe la CR y lo prevé el COFJ, en el procedimiento analizado en el numeral anterior, sino que se requiere el inicio de otros procesos judiciales, orientados a establecer el monto de la reparación material y a determinar la responsabilidad por dolo o culpa grave del agente a quien se le imputa la acción u omisión dañosa.

Es necesario mencionar que cualquier juez de primera instancia del lugar en donde se origina el hecho, acto u omisión, o donde se producen sus efectos, es competente para conocer las acciones constitucionales de protección, acceso a la información pública, hábeas data y hábeas corpus. El recurso de apelación, relacionado con estos procedimientos constitucionales compete a las distintas salas de las Cortes Provinciales (art. 24 LOGJCC).

⁸⁷ El art. 19 de la LOGJCC textualmente dice: “Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.”

La normativa vigente excluye del conocimiento en temas constitucionales a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario, pues estos órganos de justicia especializados resuelven sus causas en única instancia, y además no pertenecen a las cortes provinciales según se desprende de las reformas introducidas al COFJ en julio de 2013,⁸⁸ a través de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial.⁸⁹

Continuando con nuestro análisis, encontramos que el inciso 2 del art. 18 de la LOGJCC, define reparación material en estos términos:

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

Al contrario de lo señalado en el COFJ y en el ERJAFE –que se analizará más adelante–, esta ley en su art. 67 establece que la acción de repetición procede en los casos de *dolo o culpa grave* de agentes o ex agentes públicos, incluidos los servidores pertenecientes a la función judicial, que en el ejercicio de su cargo sean responsables del daño cuya reparación se dispuso dentro de un procedimiento constitucional. Consecuentemente esta norma adopta el criterio universalmente aceptado por la doctrina, con relación a la procedencia de la acción de repetición únicamente al evidenciarse los supuestos de dolo o culpa grave en la conducta de los agentes públicos responsables del daño.

En este contexto, vale mencionar que pueden presentarse conflictos con relación al procedimiento aplicable para el ejercicio del derecho de repetición respecto de los servidores de la función judicial, ya que como se señalara en el

⁸⁸ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 38 (17 de julio de 2013).

⁸⁹ En lo principal, las reformas introducidas modifican el contenido de los arts. 206, 216 y 218 del COFJ, y en la disposición transitoria contenida en su art. 20, separa a los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario de las Cortes Provinciales, considerando que la primera intención del COFJ fue incorporar estos órganos judiciales a la estructura de dichas cortes, lo cual nunca se dio en la práctica.

acápite anterior (2.1.2.1), existe un procedimiento específico establecido en los arts. 32 y 33 del COFJ, aplicable a los casos de inadecuada administración de justicia y violaciones a las reglas del debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva, los cuales son derechos constitucionales, que como tales están amparados por la acción extraordinaria de protección, que tiene carácter especialísimo, cuyo procedimiento se encuentra regulado por la LOGJCC (arts. 58-64) y tiene como finalidad la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias, autos definitivos, o resoluciones con fuerza de sentencia en los que se hayan cometido violaciones a estos derechos por acción u omisión de los órganos de justicia.

La LOGJCC en su capítulo X, titulado: “Repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos”(arts. 67 a 73), establece el procedimiento de repetición aplicable a los casos en que el Estado haya sido condenado a reparar materialmente a personas particulares como consecuencia de violaciones a derechos fundamentales, en sentencias o autos definitivos dictados dentro de procesos de garantías jurisdiccionales o en sentencias o resoluciones definitivas de un organismo internacional de protección de derechos.

Dentro de estas disposiciones, se definen elementos tales como: legitimación activa; legitimación pasiva; órgano judicial competente; contenido de la demanda y documentos habilitantes; recursos, y tiempo de prescripción.

En primer lugar, se establece la obligación de los jueces competentes de poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad o del gobierno local responsable del daño, y del Procurador General del Estado, la emisión de una sentencia o de un auto definitivo, dentro de un proceso de Garantías Jurisdiccionales en que el Estado haya sido condenado a reparar materialmente el daño causado (arts. 20 y 68, inciso 3). Considero que existe falta de claridad en las normas referidas, ya que si la acción de repetición procede únicamente después de que el Estado haya satisfecho la reparación material al afectado por la violación de derechos, entonces la sentencia por la cual se efectúa el cálculo del monto de la indemnización por concepto de reparación material, también debería ser puesta en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y del Procurador General del Estado, misma que se tramita por cuerda separada en un procedimiento contencioso administrativo en el que debe existir un pronunciamiento definitivo, que además debe estar ejecutado.

De lo expuesto se desprende que, al momento de ejercer la acción de repetición, para efectos de la determinación de la responsabilidad de los servidores a quienes se les imputa el daño, serán relevantes, tanto la sentencia que condena al Estado a efectuar la reparación, así como aquella que establece el monto de la reparación y ejecuta su cobro, ya que únicamente después de que se haya verificado el pago de la compensación o indemnización, es posible deducir la demanda de repetición.

Es importante destacar que la LOGJCC faculta a cualquier persona interponer la acción de repetición, sin que ésta sea *vinculada procesalmente* a la causa. En estos casos, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo deberán comunicar sobre este particular a la máxima autoridad de la entidad responsable, *para que asuma el patrocinio de la causa*. Al respecto el art. 68 de la norma en referencia en su inc. 4, textualmente dice:

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En mi opinión, la figura de la demanda de repetición presentada por un particular, que no lo vincula como parte procesal, no es clara y carece de fundamento jurídico. La iniciativa particular, en estos casos, debería concebirse, únicamente, como un requerimiento de acción de repetición presentado ante el juez, quien a su vez debe comunicar a la autoridad competente para que ejerza el derecho de repetición a nombre del Estado. No tiene sentido presentar una demanda sin vinculación procesal, más aún en el caso de la acción de repetición que corresponde ejercerla al Estado y no a los individuos particulares.

La LOGJCC dispone que en ningún caso, la máxima autoridad o el Procurador General del Estado, pueden excusarse de participar en el procedimiento de repetición. En el supuesto de que lo hagan, cabe iniciar en su contra una acción por incumplimiento, según lo dispuesto en los arts. 52 a 57 de la LOGJCC, en concordancia con el art. 93 de la CR. Esta disposición denota el carácter obligatorio que tiene la acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Antes de presentar la demanda de repetición, la máxima autoridad está obligada a determinar la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación de derechos, aun cuando éstas ya no pertenezcan a la institución, a través de una investigación que no podrá tardar más de veinte días. Sin embargo, si existiera un procedimiento disciplinario al interior de la entidad, en el cual se haya establecido la responsabilidad de la persona o personas, en contra de quienes se debe deducir la acción de repetición, éste servirá de fundamento suficiente para iniciar el proceso.

La acción disciplinaria a que se refiere esta norma, tendrá lugar una vez que la máxima autoridad de la institución responsable de la violación de derechos sea notificada con la sentencia condenatoria, la cual deberá tomar las medidas correspondientes para identificar a los agentes públicos a quienes se les atribuye el hecho o acto lesivo (inc. 2 del art. 20 de la LOGJCC).⁹⁰

En síntesis, la entidad donde se originó la causa del daño está facultada para tomar medidas administrativas de manera inmediata a la notificación con la resolución del juez constitucional para que de esta manera no sea necesaria la investigación previa a la que se hace referencia en la ley, con la finalidad de identificar a los presuntos responsables del hecho, acto u omisión que dio origen a la reparación material dispuesta por la justicia constitucional.

No obstante, se debe tomar en cuenta que las sanciones disciplinarias que se impongan en estos casos son susceptibles de impugnación ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, por lo que el establecimiento final de responsabilidades puede volverse excesivamente largo y engorroso, con lo que la intención constitucional de que la acción de repetición se realice de manera inmediata, estaría supeditada a una declaratoria previa de responsabilidad disciplinaria por culpa grave o dolo, que se encuentre firme o ejecutoriada.

Por otra parte, no queda claro el rol que cumple esta investigación previa, en los casos que la demanda de repetición es propuesta por personas particulares, ya que podría interpretarse que tal demanda, no surtirá efectos sino después de que se realice

⁹⁰ El inciso 2 del art. 20 de la LOGJCC textualmente dice: “En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades.”

tal investigación, cuyo propósito no es otro que el de establecer la identidad de los presuntos responsables dentro de la entidad que reparó el daño. Además queda la duda con relación a la posibilidad de impugnar los resultados de esta investigación, que como tal se materializa a través de un acto administrativo, lo cual podría llegar a afectar la inmediatez y eficacia de la demanda de repetición formulada por personas particulares, en conexión con su falta de vinculación procesal.

En caso de que no se llegare a determinar la identidad de los presuntos responsables, el Procurador General del Estado demandará a la máxima autoridad de la entidad a la cual se le atribuye el daño, quien a su vez podrá alegar en su defensa que ha sido imposible determinar la identidad o paradero de los presuntos responsables (art. 69, inc. 2 LOGJCC).

Con relación a la legitimación pasiva, tenemos que la acción de repetición puede estar dirigida en contra de uno o varios servidores o ex servidores públicos presuntamente responsables por la violación de derechos que ha sido reparada por el Estado, lo cual tiene sentido, ya que la responsabilidad por un mismo hecho puede ser atribuida a distintas personas, incluso, en diversos grados de participación conforme lo señala la doctrina y el art.72 de LOGJCC.

Sobre el órgano judicial competente, tenemos que la LOGJCC dispone que la máxima autoridad de la entidad o el Procurador General del Estado, según sea el caso, interpondrán la acción de repetición ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, sin que se indique con precisión en esta ley, si la competencia para estos casos estará determinada por el domicilio de la entidad demandante o del servidor o ex servidor presuntamente responsable del daño. Entendemos que por tratarse de asuntos contencioso administrativos, el domicilio será el del servidor o ex servidor demandado, a quien se le atribuye la conducta que dio como resultado la reparación pecuniaria por parte del Estado (art. 71 LOGJCC).

La acción de repetición prescribe en tres años contados a partir de la realización del pago por parte del Estado al particular afectado por la violación de derechos constitucionales. Esta precisión es pertinente, toda vez que el pago realizado por la Administración es la condición *sine qua non* para la procedencia de la demanda de repetición (art. 67 LOGJCC).

El art. 70 *ibídem* determina el contenido de la demanda de repetición, en donde entre otros requisitos deberán constar:

1. El nombre del demandado, que será el del agente o ex agente presuntamente responsable del daño, y la determinación de la institución que provocó la violación de derechos.
2. Los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la acción de repetición.
3. La pretensión del reintegro de lo pagado por el Estado por concepto de reparación material.
4. La solicitud de medidas cautelares, si se considerare necesario.

Se deberán adjuntar a la demanda como documentos habilitantes los siguientes:

1. La sentencia o auto definitivo dictada en un proceso de garantías jurisdiccionales, o la sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordena la reparación material al Estado, y
2. El justificativo del pago por concepto de reparación material efectuado por el Estado. Este requisito no será obligatorio en el caso de que la acción sea interpuesta por personas particulares.

El procedimiento ordinario que se aplica a la acción de repetición prevista en la LOGJCC, está regulado en el capítulo I del Título Libro IV, arts. 289-297 del COGEP. Este procedimiento se tramita de manera oral, y se sustancia en dos audiencias: una preliminar y una de juicio. En la audiencia preliminar, los jueces se pronuncian, en primer lugar, sobre las excepciones previas planteadas por la parte demandada (las cuales están enunciadas de manera taxativa en el art. 153 del COGEP), también resuelven sobre la validez del proceso, y delimitan el objeto de la litis. En segundo lugar, las partes anuncian las pruebas que serán tramitadas en la audiencia de juicio, y realizan observaciones, objeciones y planteamientos con relación a la prueba propuesta por la contraparte, luego de lo cual, los jueces se pronuncian sobre la admisibilidad de la prueba, en función de su conducencia, pertinencia y utilidad, excluyendo la práctica de medios probatorios ilegales.

En este punto resulta importante mencionar que la legislación prevé dos tipos de excepciones previas: las no subsanables o de pleno derecho y las excepciones subsanables. Como excepciones no subsanables figuran: la falta de legitimación en la causa, la cosa juzgada, la transacción, la litispendencia, la prescripción y la caducidad. Mientras que, como excepciones subsanables constan: la incapacidad de

la parte actora o de su representante, el error en la forma de proponer la demanda, la inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones y la existencia de convenio, compromiso arbitral o acta de mediación.⁹¹

En la audiencia de juicio, que se tramita en el término máximo de treinta días contados desde la culminación de la audiencia preliminar, luego de la formulación de los alegatos iniciales de las partes actora y demandada, se procede con la práctica de los medios probatorios admitidos. Una vez culminada la práctica de la prueba, las partes formulan sus alegaciones finales, después de lo cual los jueces pronunciarán su resolución. El juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, sin embargo está obligado a reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral. La resolución escrita motivada se notificará a las partes en el término máximo de diez días.

El art. 72 de la LOGJCC, establece el contenido que deben tener las sentencias dictadas dentro de las acciones de repetición:

- Declaración de la responsabilidad de las personas demandadas por la violación de derechos que generaron la reparación material asumida por el Estado cuando existan fundamentos para ello.
- Orden de pagar al Estado los valores consignados por concepto de reparación material, estableciendo la forma y el tiempo en que se deberá efectuar el pago por parte de los responsables.
- Cuando existiere más de un responsable, se establecerá el monto que deberá pagar cada uno, considerando para esto los hechos y el grado de responsabilidad individual de los demandados.

Es preciso señalar, que la norma en referencia, en su inciso segundo determina de manera categórica que “en ningún caso se podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable.” Esta consideración concuerda con la doctrina colombiana, que sostiene que el pago debe exigirse en la medida en que los responsables puedan cumplir, con lo cual el derecho de repetición puede hacerse efectivo sin lesionar los derechos del servidor responsable.

Con relación a los recursos, el art. 73 de la LOGJCC establece que de la sentencia dictada dentro de un proceso de repetición, se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de

⁹¹ Carlos Ramírez Romero y otros, *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*, (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2015), 75.

Justicia. Esta disposición otorga al máximo órgano de justicia una competencia adicional a sus tareas como tribunal de casación, de conformidad a lo previsto en el COFJ (arts. 184 y 185 No. 8), sin que nada se diga respecto de la procedencia del recurso de casación en contra de estas sentencias, por lo que se debe entender que no procede de acuerdo a lo dispuesto en el art. 266 del COGEP,⁹² donde no se prevé este recurso en contra de sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia. Consideramos que esta circunstancia debería estar expresamente definida, toda vez que el numeral 6 del art. 185 del COFJ, establece la posibilidad de proponer recurso de casación por la *responsabilidad declarada* de servidores públicos, lo cual puede dar lugar a interpretaciones distintas. La norma en referencia dispone lo siguiente:

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: [...] 6. Los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; así como los recursos de casación por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos.

Considero que en lugar de crear un recurso de apelación, que puede resultar extraño a la competencia primordial que tiene la Corte Nacional como tribunal de casación, tendría más sentido, que el órgano legislativo, hubiera previsto que las sentencias dictadas en acciones de repetición tengan el carácter de pronunciamientos de única instancia, tal como ocurre en las demás acciones que conocen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, sobre las que cabe el recurso de casación.

Por otra parte, es necesario señalar que dada la naturaleza cautelar de los procedimientos constitucionales, es discutible la aplicación práctica del derecho de repetición particularmente en el caso de la acción de protección⁹³ ya que los

⁹² El art. 266 del COGEP textualmente dice:

Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

⁹³ Las causales de inadmisión de la acción de protección están determinadas expresamente en el numeral 3 del art. 40 de la LOGJCC, que textualmente dispone:

Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer las acciones de impugnación de actos administrativos, así como el reclamo de indemnizaciones por daños y perjuicios provenientes por actos, hechos u omisiones del Estado y sus instituciones, y no corresponde para estos casos deducir acciones de protección, por existir otro mecanismo de defensa judicial idóneo según lo expone la LOGJCC.

Sin embargo de lo expuesto, existen situaciones en las que un derecho constitucional puede verse directamente vulnerado por un hecho, acto u omisión del poder público, esto ocurre cuando hay una afectación al núcleo esencial del derecho fundamental, mismo que es definido por la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-473/98,⁹⁴ de la siguiente manera:

El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Considero que con relación a otros procedimientos constitucionales, como son: las acciones por incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, de acceso a la información pública y la acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de los órganos de justicia, será más factible, para los jueces constitucionales, determinar la existencia de daños económicos y morales susceptible de reparación pecuniaria de acuerdo a lo estipulado en la LOGJCC. En todo caso, vale recordar que el daño debe estar efectivamente demostrado por la persona que lo reclama, es decir,

Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

⁹⁴ Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, 103.

el daño debe ser real y cuantificable, caso contrario no procede el derecho a la reparación.

El elemento más relevante de esta ley y que merece recalcar es el reconocimiento expreso que se hace de la acción de repetición en los casos en que el Estado haya sido condenado, por organismos internacionales de protección a los derechos humanos, a efectuar reparaciones materiales a las víctimas del daño, lo cual incide de manera positiva para la creación una cultura de responsabilidad y de respeto de los derechos fundamentales por parte de los órganos del poder público.

Por otra parte, también me permito expresar mi desacuerdo con relación al establecimiento de *diversas acciones de repetición* para cada tipo de daño o violación de derechos cometido por las distintas instituciones del Estado, lo cual a toda luz resulta inadecuado, y puede dar lugar a confusión e incongruencias normativas, tal como ocurre actualmente en virtud de los trámites previstos en el COFJ y la LOGJCC, lo que da como resultado que no haya claridad respecto del procedimiento aplicable a los servidores de la función judicial a quienes se les atribuya responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Es así que se verifica la existencia de dos procedimientos que son aplicables a los casos de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Además, resultan inconvenientes los diversos enfoques que se dan a la acción de repetición a través de los procedimientos descritos. Es preferible que la acción de repetición se regule en un solo cuerpo normativo, con iguales reglas y principios para todos los casos en que el Estado haya efectuado reparaciones pecuniarias originadas en daños y perjuicios que sean imputables a la culpa grave o dolo de agentes públicos, lo cual es imprescindible para precautelar el derecho fundamental a la seguridad jurídica.

2.1.4. La aplicación del derecho de repetición respecto de instituciones distintas a la Función Judicial y para casos distintos a los de violación de derechos humanos y garantías constitucionales

Hasta aquí queda claro que el ejercicio de la acción de repetición está

regulado por normas específicas en los casos de reparaciones de perjuicios provenientes de órganos pertenecientes a la administración de justicia y de aquellas que se derivan de violaciones de derechos humanos y constitucionales –que también pueden ser atribuidas a jueces, fiscales, defensores públicos y otros operadores de justicia–. Mientras que respecto del poder ejecutivo y otras instituciones públicas, la acción de repetición, se encuentra regulada, principalmente, por la CR, el art. 217 Nos. 4, 8 y 14 del COFJ, el art. 38 de la LME, el COGEP y el ERJAFE.⁹⁵

La referida normativa tiene aplicación general frente a las acciones que se originen en actos, omisiones o hechos producidos por las entidades que conforman el Estado, distintas de la administración de justicia, que hayan sido declarados ilegítimos en sentencia ejecutoriada, en los que se haya verificado la responsabilidad de agentes o ex agentes públicos.

En primer lugar, el COFJ, de manera similar a lo dispuesto en el art. 38 de la LME, en el No. 4 de su art. 217, establece la competencia de los jueces que integran los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer las demandas que se presenten en contra de actos, contratos o hechos administrativos, en materia no tributaria, expedidos o producidos por instituciones que conforman el sector público. Asimismo, en el numeral 8 *ibídem*, se determina la competencia de los referidos jueces para conocer las acciones propuestas en contra del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación por violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

La misma disposición, en su numeral 14, regula la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver las causas que instaure el Estado, para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contenciosos administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya encargado la prestación de servicios públicos.

En resumen, el art. 217 del COFJ establece la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, tanto para conocer las demandas por

⁹⁵ Ecuador, Presidencia de la República, *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

daños y perjuicios deducidas en contra del Estado, como para conocer las acciones de repetición deducidas en contra de los servidores responsables.

Dentro de este análisis, vale la pena referirnos a las regulaciones relativas a la responsabilidad patrimonial y al derecho de repetición respecto de las entidades públicas pertenecientes a la función Ejecutiva, previstas en el ERJAFE. El estatuto en referencia contiene disposiciones expresas dentro del acápite denominado “De la Responsabilidad de las Administraciones Públicas” (arts. 209-213), reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1351, publicado en el Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre del 2008, donde se establece, en primer lugar, un procedimiento administrativo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud del cual los particulares que se consideren afectados por supuestos daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, o por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, están facultados para presentar sus reclamos directamente a las instituciones pertenecientes a la función ejecutiva de las cuales proviniera el supuesto daño, con el objeto de obtener el reconocimiento de los perjuicios y el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Estas reclamaciones son puestas inmediatamente en conocimiento de la Procuraduría General del Estado con el propósito de la coordinación de la defensa estatal (art. 209 ERJAFE).

El art. 212 del ERJAFE, prevé que en el caso de que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios negaran el reconocimiento de la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstuvieron de emitir la resolución pertinente, en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho de iniciar la acción judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el lugar de su domicilio, según lo disponen la LME y el COFJ.

Lo que implica que el particular que presentó el reclamo de daños y perjuicios, sobre el cual la entidad perteneciente a la función ejecutiva no se pronunció, dentro del tiempo establecido en el Estatuto, bien podría presentar la acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, con la finalidad de hacer efectiva la aceptación tácita de su petición en aplicación del silencio administrativo, según lo dispuesto en el art. 28 de la LME,⁹⁶ norma que se

⁹⁶ El art. 28 de la LME dice: “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se

encuentra en una escala jerárquica superior respecto del ERJAFE, que es un cuerpo normativo equivalente a un reglamento.

Evidentemente para que opere el silencio administrativo, la pretensión del recurrente debe ser legal y razonable, ya que ésta figura no puede ni debe aplicarse para la obtención de beneficios ilegítimos.

Por último, el art. 213 del ERJAFE señala textualmente que “Los funcionarios y personal de servicio de las administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o culpa que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago a los particulares por parte de aquella.” De lo citado se desprende que una vez pagados los valores al particular afectado, la entidad podrá iniciar la acción de repetición en contra de los agentes públicos a quienes se les atribuye la responsabilidad por el daño.

Como se puede apreciar, estas disposiciones del ERJAFE, al haber sido promulgadas pocos días antes de la vigencia de la Constitución de 2008,⁹⁷ hacen referencia directa a lo dispuesto en el art. 20 de la CP de 1998, en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 209 ERJAFE);⁹⁸ no obstante, con relación a la procedencia de la acción de repetición en contra de los agentes involucrados en el hecho, acto u omisión que ha ocasionado perjuicios, determina que éstos debieron haber actuado con “dolo o culpa”, nótese que no habla de *culpa grave* como lo señalaba el art. 20 de la CP de 1998, por lo que a la fecha que fue promulgada esta norma adolecía de inconstitucionalidad de fondo.

Continuando con nuestro estudio, tenemos que el COGEP entró en plena vigencia a finales del mes de mayo de 2016, conforme lo previó su disposición final

suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.”

⁹⁷ El inciso primero del art. 209 del ERJAFE fue sustituido por Decreto Ejecutivo No. 1351, publicado en el Registro Oficial 442 de 8 de octubre de 2008, mientras que la CR se promulgó a través del Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁹⁸ El citado art. 209 del ERJAFE dice textualmente:

De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.

primera, esto es luego de haber transcurrido doce meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial que tuvo lugar el 22 de mayo de 2015.

Este cuerpo normativo contiene varias disposiciones que regulan el ejercicio del derecho de repetición. Así tenemos, primeramente, que el segundo inciso de su art. 40, establece lo siguiente:

Cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En atención al contenido de la norma transcrita es importante señalar que el COGEP deja a salvo las normas que regulan el procedimiento constitucional relativo al ejercicio del derecho de repetición en los casos de violaciones a los derechos constitucionales, humanos y *de la naturaleza*, el cual ya fue analizado en el numeral 2.1.3 de este capítulo. En este orden de ideas es importante mencionar que el ámbito de aplicación del COGEP, delimitado en su art. 1, comprende “la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal.”

Asimismo, vale señalar que este cuerpo normativo no contiene disposiciones reformativas o derogatorias respecto del procedimiento de repetición para los casos en que el Estado haya sido demandado por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, y por violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva y a los principios y reglas del debido proceso, procedimiento que está previsto en los arts. 32 y 33 del COFJ, y al cual nos referimos en detalle en el numeral 2.1.2 de este capítulo.

En la sección III del capítulo II del Título I del Libro IV del COGEP, constan las disposiciones que regulan el Procedimiento Contencioso Administrativo. Para este estudio reviste especial interés el contenido del art. 328, que se refiere de manera específica a la acción de repetición en estos términos:

Repetición.- En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación.

La acción de repetición se sustanciará ante las juezas y los jueces de lo contencioso administrativo mediante proceso ordinario.

El contenido de esta norma merece varias observaciones. En primer lugar, suponemos que la declaratoria de responsabilidad con relación a las autoridades o funcionarios públicos, tiene lugar dentro de las sentencias que condenen al Estado a realizar reparaciones de daños y perjuicios. Aparentemente la disposición analizada se refiere de manera general a las distintas acciones que pueden tramitarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, vale aclarar que estas acciones no suponen, en todos los casos, un desembolso resarcitorio por parte del Estado en favor del particular afectado.

Los supuestos de reconocimiento de indemnizaciones o reparaciones a cargo de la administración pública, se relacionan directamente con las acciones contencioso administrativas de plena jurisdicción o subjetivas;⁹⁹ con las acciones especiales por responsabilidad objetiva del Estado, y con las controversias en materia de contratación pública, previstas en los numerales 1 y 4, literales c) y e) del art. 326 del COGEP.

Por otra parte, entendemos que para que la declaratoria de responsabilidad sea posible, debe existir una solicitud expresa en este sentido, formulada dentro de su demanda por el particular que se considere afectado por la actuación administrativa, para que en sentencia los jueces competentes, en aplicación del principio dispositivo, se pronuncien sobre la actuación de los servidores públicos implicados en el hecho o acto dañoso, en vista de que no existe norma que establezca la obligación de los jueces de realizar esta declaratoria de oficio.

En el supuesto de que se llegare a declarar la responsabilidad de los servidores públicos involucrados en el hecho, acto u omisión que ha ocasionado perjuicios, sin que lo haya solicitado el actor en su demanda, podría dar lugar a que la sentencia dictada en este sentido sea calificada como *extra petita*, por pronunciarse sobre asuntos ajenos a la litis.

Considero que por ser la acción de repetición una prerrogativa propia del Estado, el ordenamiento jurídico debería prever que los órganos jurisdiccionales competentes, se pronuncien de oficio sobre la responsabilidad de los agentes

⁹⁹ El numeral 1 del art. 326 del COGEP textualmente dice: “La [acción] de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.” (La aclaración entre corchetes es añadida).

públicos, en los casos en que se evidencie su indebida actuación, en vista de que no existe un interés particular directo en su ejercicio, pues éste le corresponde al Estado. De esta manera se daría cumplimiento con el principio constitucional de responsabilidad de los servidores públicos.

Continuando con nuestro análisis, tenemos que el art. 328 del COGEP dispone que declarada la responsabilidad de las autoridades o servidores públicos en el desempeño de sus cargos, se ordenará el inicio del proceso de repetición en contra de todos los presuntos responsables, hasta la solución total de la obligación.

Al respecto, es preciso tomar en cuenta que para la procedencia de la acción de repetición es imperativo que el Estado efectúe el pago al particular afectado por un hecho, acción u omisión ilegítima, lo cual supone la existencia de una sentencia definitiva y ejecutada que ordene la reparación material a cargo del Estado.

Asimismo, como lo hemos mencionado de manera reiterada, la doctrina concibe que los valores a recuperarse a través de la acción de repetición deben satisfacerse en la medida que no dejen en la pobreza a los funcionarios responsables, no obstante, la norma en referencia persigue de manera categórica “la solución total de la obligación,” situación que en los casos de indemnizaciones cuantiosas, sin duda se tornará ineficaz. En este contexto, resulta pertinente hacer notar la diferencia existente entre la acción de repetición regulada por el COGEP y la prevista en la LOGJCC, donde se estipula de forma expresa que la sentencia no podrá dejar en ningún caso, en estado de necesidad a la persona responsable.¹⁰⁰

Una vez satisfecho el pago, deberían correr los plazos de prescripción de la acción de repetición, situación que ni siquiera está contemplada en la norma analizada. Al no existir disposición específica respecto de los plazos para que opere la prescripción de la acción de repetición, debe aplicarse la norma general que establece el plazo de cinco años para la prescripción de las acciones contencioso administrativas, de conformidad con el literal 3 del art. 306 del COGEP.¹⁰¹

También se observa que esta norma parece contradecir el sentido de inmediatez que debe tener la acción de repetición, por cuanto exige que se inicie un nuevo procedimiento ordinario para su tramitación, que si bien sería oral y en teoría

¹⁰⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 72 inc. 2

¹⁰¹ El literal 3 art. 306 del COGEP dispone lo siguiente: “Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: [...] 3. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.”

más expedito que los procedimientos escritos existentes antes de la vigencia del COGEP, en la práctica se dilataría innecesariamente su ejercicio. No queda claro cuál sería el propósito de iniciar un nuevo juicio ordinario, el art. 328 del COGEP no lo dice, pero se podría suponer que el objeto de la acción de repetición sería, en primer lugar, determinar si hubo culpa o dolo en la actuación de los agentes públicos a quienes se les atribuye el daño, luego de lo cual se procederá a establecer el valor de la reparación que les correspondería cancelar de acuerdo a su grado de participación, y por último, en la etapa de ejecución, recuperar los valores determinados.

La disposición en referencia debería, cuanto menos, definir en qué consiste la acción de repetición, pues se desconoce si procede en todos los casos de culpa o se limita a los casos de culpa grave como lo prevé la LOGJCC en su art. 61. Adicionalmente, la definición del objeto de la acción es necesaria para que las partes y los juzgadores conozcan sobre qué asuntos versará el proceso, y sobre qué situaciones hay que pronunciarse.

En mi opinión, para garantizar la prontitud de la acción de repetición debió preverse su tramitación a través de un procedimiento sumario, cuya principal ventaja es su mayor celeridad, ya que después de la contestación a la demanda, la tramitación de la causa y su juzgamiento se desarrollan en una audiencia única (art. 332 y 333 del COGEP).

En definitiva, dentro del COGEP falta un mayor desarrollo normativo con relación al derecho de repetición, el cual debe estar sustentado en la lógica y en los criterios doctrinarios existentes, que explican la naturaleza jurídica de esta acción, que al parecer el legislador ecuatoriano no ha llegado a comprender a cabalidad.

Para concluir esta parte, es necesario recalcar que, si bien es cierto que existen imprecisiones en la delimitación del concepto de acción de repetición en el COGEP, donde no se indica si se aplica a todos los casos de culpa, o solo cuando se ha comprobado la existencia de culpa grave o dolo, resulta imperativo que los administradores de justicia se remitan a las normas que regulan el ejercicio del derecho de repetición en la LOGJCC, ya que sus lineamientos son más precisos, y se evidencia que en su desarrollo se han tomado en cuenta criterios doctrinales relacionados con esta importante institución jurídica, en aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del art. 29 de COFJ, que al tratar sobre la interpretación de las normas procesales, prevé la posibilidad de acudir a la analogía y a la integración del

derecho a falta de normas específicas, en estos términos: “Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.”

El contenido de la norma citada persigue dar las herramientas necesarias a los jueces para que cumplan con su obligación de administrar justicia, sin que exista la posibilidad de alegar falta de ley para no hacerlo.

2.1.5. La responsabilidad por culpa o dolo de los agentes públicos dentro de la legislación ecuatoriana

El establecimiento de responsabilidades por culpa, culpa grave o dolo, podría resultar difícil en la práctica por existir elementos subjetivos inherentes a estos conceptos, más aún si se suma la exigencia de un proceso previo instaurado únicamente con el propósito de que se declare la responsabilidad de los servidores presuntamente responsables de los daños causados a los administrados, según lo prevén la LOGJCC y el COGEP, situación que puede demorar excesivamente el ejercicio de la acción de repetición, en detrimento de la inmediatez dispuesta por la CR.

Al tratar sobre el establecimiento de responsabilidad de los agentes públicos, a quienes se les atribuye un hecho, acto u omisión ilegítima que ha causado daños patrimoniales y/o morales a personas particulares, es necesario partir de las presunciones de buena fe y de inocencia, que se anteponen a cualquier declaratoria de responsabilidad civil o administrativa, lo que implica que el dolo o la culpa, en cualquiera de sus formas, deberán estar probados de manera fehaciente dentro del proceso, pues estas presunciones prevalecen como consecuencia de la aplicación de las garantías fundamentales del debido proceso que tienen todas las personas.

Para que cualquier declaratoria de responsabilidad sea fundamentada, los administradores de justicia deben tomar en consideración las disposiciones legales que delimitan los conceptos de culpa y dolo. El dolo es concebido como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro” (Código Civil art. 29 Inc. 4). Esta definición no reviste mayor dificultad en cuanto a su comprensión, pero en su prueba sí, pues debe determinarse la intencionalidad del agente público de causar

daño al particular; es decir, debe haber una manifestación externa y concreta de un ánimo de perjudicar, impulsado por una motivación que debe evidenciarse a través de un acto, omisión o hecho administrativo.

Por su parte, la noción de culpa que trae el Código Civil (en adelante CC), está revestida de elementos subjetivos y está formulada mediante la enunciación de conductas con las que se pretende explicar sus distintas formas, tal como consta en el art. 29 del CC, que textualmente dice:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Para entender el concepto de culpa dentro de la actividad propia de las instituciones públicas, reviste especial importancia, para nuestro objeto de estudio, la LOSEP, que es la norma que regula de manera general las relaciones existentes entre las entidades estatales y los servidores públicos, cuyo objetivo final es “lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano.”¹⁰²

La LOSEP, para el cumplimiento de su finalidad, además de reconocer un conjunto de derechos a los funcionarios públicos, establece una serie de deberes y prohibiciones que éstos deben acatar, cuya inobservancia puede dar como resultado la afectación de los derechos de los ciudadanos, y consecuentemente que el Estado sea demandado por daños y perjuicios. En este contexto, tenemos en primer lugar los deberes generales de todo agente de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, reglamentos y más disposiciones emitidas conforme a derecho, y desempeñar las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez,

¹⁰² Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, art.1.

solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades.¹⁰³

En cuanto a las prohibiciones, podemos mencionar las siguientes: retardar o negar injustificadamente el oportuno despacho de los asuntos, o la prestación del servicio al que están obligados; abusar de la autoridad que les confiere el cargo para coartar garantías constitucionales; paralizar la prestación de servicios públicos, y realizar actos inmorales en el ejercicio de sus funciones.¹⁰⁴

La LOSEP establece también un sistema de responsabilidad por faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, las cuales son calificadas como leves y graves, según su grado de afectación al desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.

Así tenemos que se consideran faltas leves a las acciones u omisiones realizadas por descuidos o desconocimientos de poca trascendencia, siempre que no alteren o perjudiquen el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público, las cuales se sancionan con amonestación verbal, amonestación escrita o sanción pecuniaria administrativa o multa. Estas infracciones se relacionan con conductas tales como el incumplimiento del horario regular de trabajo, desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral; salidas cortas no autorizadas de la institución; uso indebido de uniformes; desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas, y atención indebida al público y a sus compañeros.¹⁰⁵

Las faltas graves, por su parte están relacionadas con conductas que se oponen de manera significativa al ordenamiento jurídico o que alteran, de forma trascendental, el orden institucional. Las sanciones que se aplican a estas infracciones son la suspensión de funciones y la destitución, las cuales persiguen preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por los agentes públicos, y se relacionan con conductas tales como: incapacidad probada en el desempeño de sus funciones; haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, y enriquecimiento ilícito, entre otros; paralizar a cualquier título los servicios públicos, y resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener

¹⁰³ Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, art. 22, literales: a) y b).

¹⁰⁴ *Ibíd.*, art. 26, literales: c), e), g) e i).

¹⁰⁵ *Ibíd.*, art. 42.

cualquier beneficio que implique privilegios para el agente, su cónyuge o conviviente, o sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.¹⁰⁶

En este contexto, resulta pertinente señalar que el COFJ establece su propio régimen disciplinario aplicado a los servidores judiciales, como son los jueces, fiscales, defensores públicos y otros operadores de justicia, en el cual se incluyen conductas específicas que se pueden presentar en el servicio público de administración de justicia. Se destaca en este cuerpo normativo la gradación de las infracciones disciplinarias como faltas leves, similares a las previstas en la LOSEP referidas anteriormente,¹⁰⁷ así como faltas graves y gravísimas.

Dentro de las faltas graves constan, entre otras, las siguientes conductas: propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia; no fundamentar debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, y haber violado los derechos y garantías constitucionales relativos al acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en la substanciación y resolución de las causas.¹⁰⁸

Entre las faltas gravísimas están: introducir extemporáneamente documentos al proceso o sustituirlos; mutilar los procesos extrayendo piezas del mismo, e intervenir en las causas con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable. Estas últimas conductas –dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable– son atribuibles exclusivamente a los jueces, fiscales y defensores públicos.¹⁰⁹

Dentro de este análisis resulta pertinente mencionar que el Código Orgánico Integral Penal,¹¹⁰ dentro de sus distintos artículos, establece una serie de conductas en las que pueden incurrir los agentes públicos que son tipificadas como delitos, y que a su vez pueden tener como consecuencia que los particulares afectados por la actuación ilegítima de servidores públicos, demanden al Estado por los daños y perjuicios causados, incluido el daño moral. Entre estas constan: la privación ilegal o arbitraria de la libertad; la tortura; ejecución extrajudicial; desaparición forzada; la revelación ilegal de datos que derive en la violación del secreto, la intimidad y la

¹⁰⁶ *Ibíd.*, arts. 42, 48 y 24.

¹⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 107.

¹⁰⁸ *Ibíd.* art. 108 Nos. 3 y 8.

¹⁰⁹ *Ibíd.* art. 109 No. 5 y 7.

¹¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Ley 0, Registro Oficial Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014).

privacidad de las personas; la falsificación de informes y documentos, y en el caso de los jueces adoptar una resolución contraviniendo norma expresa.¹¹¹

En esta exposición, cabe referirnos al Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado (en adelante RRCGE),¹¹² ya que si bien se trata de un cuerpo normativo de rango inferior a la ley, contiene conceptos que resultan interesantes para el objeto de esta investigación.

En primer lugar, el RRCGE establece el deber que tienen todos los agentes públicos –incluidos: autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados y trabajadores– de actuar en el ejercicio de sus funciones con la diligencia y empeño que emplean en la administración de sus propios negocios y actividades.¹¹³

En segundo lugar, el art. 6 del RRCGE determina que los servidores públicos son responsables administrativamente, por actos, hechos u omisiones que se produjeran por inobservancia de las disposiciones legales relativas a los asuntos de que se trate o por el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo, o de las estipulaciones contractuales.

La disposición en referencia, al tratar sobre la responsabilidad civil, en su inciso segundo textualmente dice:

Serán materia del establecimiento de responsabilidad civil culposa los recursos materiales, financieros, económicos, tecnológicos y ambientales de cualquier naturaleza, en los cuales se concreta el perjuicio sufrido por la institución del Estado, entidad, organismo, persona jurídica con participación estatal y las entidades de derecho privado a causa de la acción que denote impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, falta de preparación, negligencia u omisión culposa de autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de dichas instituciones; así como, de los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal o de terceros relacionados con la administración o beneficiario de un acto o hecho administrativo emitido sin tomar aquellas cautelas, precautas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos [en] los bienes y recursos públicos.

¹¹¹ Ibíd. arts. 89, 229, 268, 327 y 328

¹¹² Ecuador, Contraloría General del Estado, *Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 696 (22 de febrero de 2016).

¹¹³ Ibíd. arts. 1 y 4.

De la lectura de este inciso se aprecian varios elementos que pueden presentarse en la actuación de los agentes públicos que son susceptibles de ocasionar responsabilidad patrimonial del Estado, tales como son: impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, falta de preparación, negligencia y la omisión culposa.

Más adelante el art. 9 del RRCGE establece el alcance de los términos acción y omisión. Se define la *acción*, como “la actividad positiva puesta por el agente, misma que puede dar fundamento para la responsabilidad administrativa civil o penal.” La *omisión*, se concibe como “dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, reglamentaria, por la distribución de funciones, o por estipulaciones contractuales.”

El concepto de omisión, según el cuerpo normativo analizado, puede tener dos connotaciones: culposa y culposa grave.

La *omisión culposa*, “se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.” La peculiaridad de esta especie de culpa es que no genera responsabilidad penal, sino que puede generar exclusivamente responsabilidad civil y administrativa.

Mientras que la *omisión culposa grave*, se produce con el propósito de obtener algún resultado dañoso, puede dar lugar a la determinación de responsabilidad administrativa, civil y penal.

Los referidos conceptos pueden resultar útiles para las autoridades administrativas y judiciales al momento de establecer la responsabilidad de los agentes públicos en el desempeño de sus funciones, lo cual es necesario para el ejercicio del derecho de repetición.

De conformidad con el ordenamiento jurídico y la doctrina, los servidores públicos están sujetos a un conjunto de deberes que se relacionan, tanto, con las funciones que les han sido asignadas, así como, con la profesión u ocupación que ejercen dentro del empleo público, lo que implica que los agentes, además de observar el marco jurídico general, deben someterse a un conjunto de normas específicas y procedimentales aplicables a su cargo, tomando en cuenta la rama profesional u ocupacional a la que pertenecen. Por consiguiente, el incumplimiento deliberado o culposos de sus deberes será siempre causal de responsabilidad administrativa.

Para explicar el tema de la culpa y el dolo de los servidores públicos vale la pena seguir a Günther Jakobs, citado por el doctrinario Carlos Gómez,¹¹⁴ quien dice: “no se puede formar ninguna imprudencia consciente (luxuria) con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo [...] la culpa se reduce a la culpa inconsciente, pues la culpa consiente ya es dolo.”

Esta apreciación resulta interesante, pues la inobservancia intencional de los deberes y prohibiciones inherentes a su cargo, revelaría un grado de malicia en la conducta del servidor público, por lo tanto, indicios de dolo en su actuación. Sin embargo, considero que para la determinación de responsabilidades y la certeza del dolo se debe tomar en cuenta la gravedad del daño derivado de la actuación del agente.

Al momento de establecer el grado de responsabilidad del servidor público y su relación con la conducta dañosa, se podrían considerar ciertos elementos verificables, tales como son: 1) El tiempo de servicio que tiene el funcionario, lo cual resulta útil para determinar el conocimiento y experiencia en el cargo que ostenta; 2) El título profesional o técnico del servidor, que implica el poseer una preparación específica en una área determinada del conocimiento, que en todo caso debería ser compatible con las funciones que realiza, y 3) Los resultados de las evaluaciones de desempeño, a los que la mayoría de servidores públicos se encuentran sometidos conforme lo dispone el Capítulo VI de la LOSEP, que regula el “subsistema de evaluación del desempeño.”¹¹⁵ Estos elementos de alguna manera evidencian la capacidad técnica del agente público en el ejercicio de sus funciones, los cuales sirven para distinguir la incapacidad o impericia manifiestas para desempeñar un cargo público, de una situación aislada productora del daño.

De igual manera, se debe tomar en cuenta, para la determinación de responsabilidades, la situación particular del agente público, en aquellos casos que sea demostrable, como son por ejemplo las circunstancias personales que se presentaron cuando se suscitó el hecho dañoso, así como la llamada *culpa por asunción*, reconocida por la doctrina en los casos en que los servidores públicos, a pesar de su falta de conocimientos o experiencia en tareas específicas, asumen el ejercicio de una actividad funcional para la cual no estaban debidamente capacitados.

¹¹⁴ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Marcial Pons, 1995), 382. En Gómez, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 363

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, arts. 76-80.

Al tratar el tema de la culpa por asunción o por emprendimiento, el profesor Carlos Gómez, sostiene que lo pertinente es que el agente público se abstenga de asumir un cargo respecto del cual no tiene suficientes conocimientos y experiencia, ya que si no se excusa, él mismo se coloca en “la posición de incurrir en culpa por asunción del riesgo, de no llenar las expectativas para su correcto desempeño.”¹¹⁶ En términos sencillos, esta clase de culpa se conoce como *impericia*.

Las autoridades administrativas y los jueces, para declarar la culpa o el dolo, necesariamente tendrán que establecer la existencia de una violación normativa o funcional –por acción u omisión– cometida por el servidor público; si es deliberada será dolo, en caso contrario habrá culpa.

Conforme se analizó en el primer capítulo de este trabajo, los agentes públicos se encuentran exentos de responsabilidad, en las siguientes circunstancias: 1) Cuando a pesar de haber actuado de manera diligente y con apego a la ley, el daño se produce, esto ocurre cuando no se ha justificado la transgresión de sus deberes funcionales; 2) Cuando el hecho o acto dañoso se ha producido por fuerza mayor o caso fortuito, y 3) Cuando el daño sea atribuible a la actuación u omisión de un tercero, que bien puede ser otro servidor público, un particular ajeno a la administración o la misma víctima, quien por su propia negligencia ocasionó el daño.

A mi modo de ver el concepto de fuerza mayor o caso fortuito, definido por el CC, “como el imprevisto a que no es posible resistir” (art. 30), se relaciona con la ocurrencia de hechos administrativos dañosos, como sería el caso de un accidente de tránsito ocasionado por un vehículo del Estado, que se origina en un defecto de fabricación del automotor o por un elemento externo.

Mientras que con relación a los actos u omisiones de los servidores públicos, resulta aplicable el concepto de *fuerza como vicio del consentimiento*, en aquellos casos en que se justifique que la voluntad del agente público fue coaccionada por factores externos graves, por los cuales se vio obligado a desconocer sus deberes funcionales o a transgredir las normas jurídicas o técnicas aplicables a su profesión.

Con relación al concepto de fuerza como vicio del consentimiento, es importante mencionar lo dispuesto en el art.1472 del CC, que textualmente dice:

La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y

¹¹⁶ Gómez , *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 367

condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Esta circunstancia eximente podría darse, por ejemplo, cuando el servidor público o su familia, están sujetos a amenazas provenientes de un tercero o de su superior jerárquico, que lo conducen a actuar al margen de la ley, y que en todo caso deben ser graves, tomando en consideración las condiciones personales del agente.

El CC señala expresamente que el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no vicia el consentimiento. Como se señaló anteriormente, este principio se pone de manifiesto, en el derecho público, en la prerrogativa que tiene todo servidor para oponerse a órdenes ilegítimas que provengan de sus superiores (LOSEP art. 22, literal d). Es así que el agente que ejecute una orden, a sabiendas que es ilegal, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados, y consecuentemente el Estado podrá ejercer la acción de repetición en su contra. Un precepto similar se aplica a los miembros de la fuerza pública, para quienes la obediencia a las órdenes ilegítimas de sus superiores, no les exime de responsabilidad (CR art. 159).

Para concluir este apartado, entendemos que la determinación de la responsabilidad por culpa o dolo de los servidores públicos siempre tendrán un limitante en su aplicación práctica, que es el elemento subjetivo de intencionalidad que implican estos conceptos, por tal motivo resultaría conveniente implementar dentro de nuestra legislación, un sistema de presunciones legales –que como tales admitan prueba en contrario–, que facilite el ejercicio de la acción de repetición con la menor discrecionalidad posible, sobre todo en aquellas situaciones en que se evidencie una actuación ilegítima de la administración imputable directamente a los agentes públicos por violaciones normativas, contractuales y procedimentales, que se exteriorizan a través de actos, hechos u omisiones que hayan lesionado el patrimonio privado.

Un sistema de presunciones legales podría aplicarse en los siguientes casos: a) Cuando un acto administrativo, fue dictado por un funcionario manifiestamente incompetente; b) Cuando al emitirse el acto o resolución no se ha observado el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, en detrimento del derecho al

debido proceso del administrado, y c) Cuando el acto administrativo se expidió contraviniendo norma expresa.

Es importante destacar que la implementación de un sistema de presunciones de responsabilidad, no implica, valga la redundancia, una vulneración a la presunción de inocencia respecto de la actuación de los servidores públicos, pues su instrumentación supone necesariamente la existencia de una manifestación objetiva previa, que se concreta a través de una actuación administrativa que ha sido declarada como ilegítima por parte de la autoridad competente.

2.1.6. El derecho de repetición en la jurisprudencia ecuatoriana

Como se mencionó al inicio de este capítulo, en el Ecuador existe un incipiente desarrollo jurisprudencial respecto del derecho de repetición. A continuación se analizarán algunos fallos emitidos por los órganos de justicia competentes, relacionados con el objeto de estudio del presente trabajo, que permiten apreciar el tratamiento que se le está dando en la práctica a este derecho.

En primer lugar, tenemos la sentencia dictada el 10 de enero de 2013, en la cual la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ratifica la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer las acciones de repetición reguladas en la LOGJCC, cuya competencia también se deriva del contenido del art. 38 de la LME, que establece que los referidos tribunales conocen y resuelven “todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público”, siendo que las demandas de repetición se originan en hechos, actos u omisiones provenientes de la Administración Pública.¹¹⁷

Con relación a la naturaleza jurídica y al trámite de la acción de repetición, resulta relevante el juicio No. 17811-2013-15969,¹¹⁸ seguido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en contra del Dr. A.P.N., quien desempeñó el cargo de Jefe de

¹¹⁷ Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Recurso de Casación No. 100-2010, caso: Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de Educación Superior, CONEA, contra Jaime Rojas Pazmiño y Edgar Moncayo Gallegos, *Resolución No. 18-2013*, 10 de enero de 2013.

¹¹⁸ Ecuador. Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, juicio No. 17811-2013-15969, caso: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador contra Ángel Plutarco Naranjo, sentencia de primera instancia, 21 de septiembre de 2015.

la Misión diplomática del Ecuador en la ciudad de Ipiales, Colombia, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.1, con sede en Quito.

El antecedente de este caso fue la entrega por parte del agente consular del Ecuador en Ipiales de un vehículo tipo camioneta –que fue puesto a disposición del Consulado del Ecuador, por parte de la Fiscalía Novena Seccional de Pasto–, a una persona distinta de su legítimo dueño, el señor C.D.M.E, quien dedujo una acción por incumplimiento en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, que fue resuelta por la Corte Constitucional a través de la sentencia No. 004-13-SAN-CC de 13 de junio de 2013,¹¹⁹ misma que en su parte medular, aceptó parcialmente la acción planteada y declaró la vulneración del derecho a la propiedad y del principio de seguridad jurídica, contenidos en los arts. 66 No. 26, y 82 de la CR y el incumplimiento en contra del actor, por parte del encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales, de la norma contenida en el art. 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, publicado en el Registro Oficial No. 83 del 9 de diciembre de 1992.

La mentada sentencia constitucional, dispuso como medidas de reparación, entre otras, que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, pague al accionante el valor del vehículo, en función del valor del avalúo comercial del mercado local a la fecha de la sentencia, y que investigue el caso y se sancione a los funcionarios responsables del incumplimiento, debiendo ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en sentencia de 23 de octubre de 2013, liquidó el valor correspondiente a la reparación integral, y dispuso el pago de once mil ciento cuarenta y dos dólares al señor C.D.M.E.

Dentro de la sentencia de instancia, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.1, señaló que la acción de repetición es de ejecución y no de conocimiento, por lo que es un requisito indispensable, para su procedencia, la existencia de un procedimiento administrativo interno previo, con la finalidad de

¹¹⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0015-10-AN: Claudio Demetrio Masabanda Espín, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, *Sentencia No. 004-13-SAN-CC*, de 13 de junio de 2013.

establecer la identidad de las personas presuntamente responsables del daño cuya reparación se ordenó. En el considerando séptimo de dicho fallo textualmente se lee:

En efecto, para que opere la acción de repetición, que en estricto derecho es en realidad un proceso de ejecución y no de conocimiento, es indispensable que de modo previo deba justificarse la existencia no solo de un procedimiento administrativo en el cual se haya dado aviso a las personas sometidas al mismo; y, de las imputaciones formuladas en su contra por parte de la administración, para que puedan ejercer su constitucional derecho a la defensa.- En suma solo cuando se ha verificado el debido proceso por la garantía de los derechos que establece la Constitución de la República, es posible la emisión de una resolución administrativa que establezca las potenciales responsabilidades. Sin embargo, para que opere la acción de repetición, tiene que existir una sentencia expedida por Juez competente debidamente ejecutoriada que haya establecido la responsabilidad personal por el grado de participación en acciones u omisiones, de las personas a quienes ha de intentarse la repetición de los valores que el Estado o sus instituciones ha debido sufragar por la deficiente prestación del servicio cuando esta se haya debido a culpa grave o dolo de las personas declaradas judicialmente responsables por los hechos que motivaron la responsabilidad objetiva del Estado. Al efecto, el artículo 11 de la Constitución de la República en el segundo inciso de su numeral 9, de modo imperativo ordena que la repetición se ejercerá “en contra de las personas responsables del daño producido”; lo que significa que previamente al ejercicio de esta acción no debe existir duda de la responsabilidad que cada persona ha tenido a fin de que la repetición fluya sin ningún tropiezo.- En la especie, no se encuentra acto administrativo, proceso investigativo previo, ni sentencia judicial que haya declarado al demandado en el presente juicio [...], como responsable de la reparación económica que debió realizar el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

Más adelante, en la parte final del considerando noveno se destaca la importancia del procedimiento administrativo previo de investigación ordenado en el art. 69 de la LOGJCC en estos términos:

De la transcripción anterior, queda claro que el procedimiento administrativo previo de investigación ordenado en el art. 69 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, constituye un elemento sine qua non, indispensable para que proceda la acción de repetición, puesto que en aquél se logrará determinar con certeza el o los funcionarios responsables de la conducta administrativa dolosa, su grado de participación y si en realidad su accionar fue negligente. Por lo tanto, no basta con afirmar que se trata de un proceso de ejecución y que por haberse declarado el incumplimiento por parte del encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales [...] la acción debe enderezarse contra él. Revisada la sentencia de la Corte Constitucional No. 004-13-SAN-CC de 13 de junio de 2013, se evidencia que en aquella no se declara que la conducta del demandado haya sido efectuada con dolo o culpa grave; y es más en las medidas de reparación, se refiere a la necesidad de una investigación para determinar a él o los funcionarios responsables; situación que no ha ocurrido en el caso.

Finalmente la citada sentencia rechaza la demanda presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. El fallo fue apelado por la entidad actora ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

El máximo órgano de justicia, con sentencia de mayoría, dictada el 21 de septiembre de 2016, dentro del recurso de apelación, signado con el No. 1441-2015 (sentencia No. 1070-2016), coincide con lo resuelto por el tribunal de instancia en cuanto a la necesidad de que exista una investigación previa, como requisito de procedencia de la acción de repetición, en estos términos:

La iniciación de un procedimiento administrativo previo de investigación, se constituye en un presupuesto legal imperativo que condiciona la presentación de la demanda de repetición, toda vez que la disposición del artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no utiliza un verbo rector de orden facultativo, ni establece exenciones para su cumplimiento, exceptuando el caso previsto en el inciso tercero de dicha norma que refiere a que solo un procedimiento administrativo sancionatorio podría sustituir la exigencia legal de tal investigación previa [...] la misma se constituye en un requisito de procedibilidad y/o presupuesto legal que habilita la acción de repetición y por tanto se incorpora como parte del trámite propio de la naturaleza de esta causa; entendiéndose en tal medida la existencia de la predeterminación de la presunta responsabilidad subjetiva del accionado, por dolo o culpa grave [...]. Es precisamente por la naturaleza de la acción de repetición que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional exige que previo a la presentación de la demanda se agote el procedimiento administrativo tendiente a proporcionar los suficientes elementos al juzgador sobre la presunta responsabilidad de los que van a ser demandados en la acción de repetición.¹²⁰

Sin embargo, el fallo de mayoría, considera que al no haberse contado con el procedimiento investigativo previo, existió violación de trámite, lo que da lugar a la nulidad del proceso. En su parte pertinente la sentencia analizada dice:

Todos los elementos expuestos y conjugados entre sí, en los numerales anteriores, conllevan a establecer que la omisión de la investigación previa prevista en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y la consecuente inobservancia de lo dispuesto en el numeral 3.3. [que precisamente ordena que se efectúe la investigación previa] de la sentencia constitucional por incumplimiento de 13 de junio de 2013, acarrea consigo el incumplimiento del trámite propio de esta causa, vulnerando consigo el derecho constitucional a la defensa, y comprometiendo la decisión de la causa, toda vez que no se ha establecido con claridad a través del agotamiento de la etapa previa de investigación la presunta responsabilidad del

¹²⁰ Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de apelación No. 1441-2015, caso: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador contra Ángel Plutarco Naranjo, *Resolución No. 1070-2016* de 21 de septiembre de 2016.

accionado por dolo o culpa grave, así tampoco se ha logrado identificar (de existir) la presunta responsabilidad de otros funcionarios involucrados en el caso resuelto por la Corte Constitucional, constituyéndose de tal forma el artículo 69 referido, en un requisito de procedibilidad de la acción de repetición, consecuentemente al haberse violado el trámite propio de la causa y una vez que se ha identificado las repercusiones procesales y de trascendencia que esta omisión ha ocasionado, esta Sala declara la nulidad del proceso No. 2013-15969 sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1, a partir de la demanda, dejando por tanto, a salvo el derecho del actor, que una vez evacuado el procedimiento administrativo correspondiente, accione nuevamente la demanda de repetición. (La aclaración entre corchetes me corresponde).

Como se mencionó en el citado fallo se recalca la importancia de observar el procedimiento establecido en la LOGJCC, que exige la existencia de una investigación previa tendiente a determinar la identidad de los servidores que son presuntamente responsables del daño, sin lo cual no es posible iniciar una acción de repetición, ya que no se tendría certeza con respecto al sujeto pasivo de la acción, más aún en aquellos casos en que pueden estar involucrados distintos agentes públicos, con diversos grados de participación y responsabilidad en el hecho o acto que ha sido declarado inconstitucional, o violatorio de los derechos humanos o de la naturaleza, con lo cual coincide plenamente con el fallo de instancia referido en líneas anteriores.

Es importante señalar, que del contenido de esta sentencia se deduce que la Corte Nacional de Justicia concibe a la acción de repetición como un proceso de conocimiento, siendo la investigación previa una especie de predeterminación de responsabilidad, que debe ser confirmada por los órganos de justicia dentro del juicio de repetición. En mi opinión, si esta investigación constituye un requisito previo necesario para el inicio de la acción de repetición regulada por LOGJCC, su ausencia no acarrea la nulidad del proceso, sino que hace inadmisibile la demanda propuesta, tal como lo resolvió en su momento el tribunal de instancia.

Con relación a la naturaleza de la acción de repetición, se pronuncia el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, juez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, que disintió con el fallo de mayoría de 21 de septiembre de 2016, quien en el considerando tercero de su voto salvado textualmente dice:

[...] toda vez [que] al ser la acción de repetición un proceso especial de conocimiento o declarativo, será en el desarrollo judicial del mismo que la presunta responsabilidad, por dolo o culpa grave, del servidor público deberá o no ser

establecida con las pruebas correspondientes, y en tal proceso judicial la o el demandado/s puede/n ejercer su derecho a la defensa y contradicción respecto a los derechos violados que se les imputa, lo cual de ser el caso daría o no lugar a una sentencia de condena.

POR TODO LO ANTERIOR: Considero que en este caso no existe violación de trámite alguno, al contrario de lo que se señala en el punto 3.3. del auto de mayoría, y por tanto no se debería declarar a partir de la demanda la nulidad del proceso No. 2013-15969 sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1.

Los pronunciamientos citados dejan entrever que en los órganos de justicia existen dudas con relación a si la acción de repetición es de conocimiento o ejecutiva. Al respecto me permito expresar mi opinión en el sentido de que la acción de repetición –al menos la regulada por la LOGJCC–, es de conocimiento, ya que el art. 72 de la LGJCC, en su inciso primero establece con claridad meridiana el contenido de la sentencia de repetición, en estos términos:

Se declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y, además ordenará a la persona o personas responsables, pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material, estableciendo la forma y el tiempo en que deberá realizarse.

En este contexto, es importante tener presente siguiendo al profesor Jaime Guasp que dentro de los procesos de conocimiento se distinguen los siguientes: de condena, declarativos puros o de mero accertamento, y los constitutivos o de acierto constitutivo.¹²¹ En los de condena “se declara la existencia o inexistencia de un derecho del actor y a la vez declara una responsabilidad del demandado, en virtud de la cual queda obligado.”¹²² Lo cual resulta evidente en la acción de repetición regulada por la LOGJCC, pues dentro de sus finalidades está la declaratoria de responsabilidad del servidor o ex servidor público a quien se le imputa el daño, luego de la cual surge el derecho del Estado a recuperar o repetir el valor pagado al particular afectado por concepto de reparación.

Respecto del tiempo de prescripción de la acción de repetición regulada por LOGJCC y la importancia de que la investigación previa se realice con la diligencia debida como requisito necesario para que la demanda de repetición prospere,

¹²¹ Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, tercera edición corregida, (Madrid: editorial Instituto de Estudios Políticos) 1968, 26 y 27. En Lorena Cascante R., “¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?”, *Iuris Dicto, Revista de Derecho*, No. 1. (Colegio de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito) 2000, 85.

¹²² Lorena Cascante R., “¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?”, 85

tenemos la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, dentro del juicio No. 17811-2014-0259G, seguido por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador en contra del Dr. L.A.P.Z. y otros, la cual fue notificada por escrito a las partes procesales el día 16 de los mismos mes y año.¹²³

El antecedente de este proceso es la sentencia de 19 de mayo de 2011, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la cual se declaró al Estado ecuatoriano responsable de violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, así como de las garantías judiciales y la protección judicial en contra del señor Pedro Miguel Vera Vera, quien murió presumiblemente por negligencia médica mientras se encontraba bajo custodia de las autoridades ecuatorianas. Asimismo, se declaró al Estado responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de la señora F. M. V. V., madre del difunto.

Los hechos que motivaron la demanda por violación de derechos humanos se originaron en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados (actualmente Santo Domingo de los Tsáchilas), el 12 de abril de 1993, en circunstancias en que el señor Pedro Miguel Vera Vera, en un incidente, en el que se le acusó de tentativa de asalto y robo a mano armada, resultó herido con un impacto de bala a la altura del tórax, quien fue dado de alta luego de su primer internamiento en el Hospital de Santo Domingo, sin que se hubiesen realizado los exámenes necesarios en atención a las lesiones que presentaba, lo cual llevó a los médicos que lo atendieron a considerar que su herida no revestía gravedad.

Mientras el señor Pedro Miguel Vera se encontraba recluido en el Centro de Detención Provisional de Santo Domingo, su estado de salud se fue deteriorando, sin embargo, no se dispuso inmediatamente su traslado a un hospital sino hasta que las complicaciones fueron evidentes.

Cuando finalmente se autorizó el traslado del señor Vera, por segunda vez, al Hospital de Santo Domingo, éste no fue intervenido quirúrgicamente, ni se adoptaron otras medidas apropiadas para atender su grave estado de salud. Posteriormente, el 22 de abril de 1993, fue transportado al Hospital Eugenio Espejo de Quito donde no se pudo salvar su vida dado que su condición de salud era crítica (sepsis, peritonitis,

¹²³ Ecuador, Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, juicio No. 17811-2014-0259G, caso: Ministerio de Salud Pública del Ecuador contra el Dr. Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros, sentencia de primera instancia, 02 de abril de 2015.

hemorragia intraperitoneal y necrosis intestinal). “En definitiva, la intervención quirúrgica que requería el señor Vera Vera no se realizó sino hasta diez días después de que recibió un impacto de bala y fue detenido, no obstante su grave estado de salud.”¹²⁴

En el fallo de la Corte Interamericana, se establecieron como medidas de reparación entre otras, las siguientes: el pago de un valor total de sesenta y dos mil dólares de los Estados Unidos de América, por concepto de daño material e inmaterial en favor de la madre del occiso, y que el Estado ecuatoriano adopte, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que la madre del señor Vera Vera pueda conocer lo sucedido a su hijo.

Con este antecedente, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador dedujo acción de repetición en contra de varios médicos que laboraron en el Hospital de Santo Domingo de los Colorados y en el Hospital Eugenio Espejo de Quito, en el tiempo en que acontecieron los hechos antes referidos. En el caso analizado la acción se inició en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se efectuó el pago a la madre de señor Vera, considerando que dicho desembolso se realizó en el mes de septiembre de 2011, y la demanda se presentó el 27 de agosto de 2014, por lo que se rechazó la excepción de prescripción de la acción planteada por los demandados.

Respecto al tema de fondo, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, observó que dentro de las pruebas presentadas en el proceso, si bien consta el expediente de investigación efectuado por la entidad actora, en el cual se determinaron las identidades de las personas presuntamente responsables de las violaciones de derechos que significaron la reparación asumida por el Estado, no se logró establecer con precisión las actividades que cada uno de los médicos demandados “ejecutaron en el desempeño de sus cargos respecto a la atención médica brindada al señor Pedro Miguel Vera Vera; y, menos aún que dichos agentes estatales actuaron con culpa grave o dolo, por acción u omisión”. En su parte pertinente el fallo analizado dice:

[...] el Estado debió realizar en el presente caso una investigación más prolija luego del deceso del señor Pedro Miguel Vera Vera, tal y como la Comisión había solicitado a la CIDH para que realice una investigación judicial pronta, diligente y efectiva con el fin de identificar juzgar y sancionar a todos los responsables de las

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, sentencia de 19 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf

violaciones en el numeral 113 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011 (fs. 113 vta.), resultando así que la investigación previa a la presentación de la presente demanda de repetición, efectuada por el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA resulte, insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados.

Como consecuencia de lo expuesto se rechazó la demanda por falta de prueba que justifique la responsabilidad de los demandados. La sentencia de instancia fue confirmada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en fallo de mayoría emitido el 08 de diciembre de 2016, con voto concurrente del tercer juez, dentro del recurso de apelación signado con el No. 17741-2015-0637.¹²⁵

En el expediente de apelación tiene especial relevancia el auto de 17 de enero de 2017 por el cual el tribunal de alzada negó la solicitud de aclaración a la sentencia presentada por la Procuraduría General del Estado, donde se recalca que corresponde al Estado justificar la responsabilidad por culpa grave o dolo de los demandados en una acción de repetición. En el considerando séptimo del auto en referencia textualmente se lee:

También porque evidentemente los jueces nacionales de esta Sala somos eso: jueces nacionales de lo contencioso administrativo; y no abogados estatales que deben defender en apelación los intereses del Estado, en las acciones que éste proponga como actor en los procesos de repetición; que son procesos especiales de conocimiento o declarativo, en cuyo desarrollo judicial en sede contencioso administrativa la máxima autoridad de la entidad pública accionante y la Procuraduría General del Estado deberán demostrar la responsabilidad de las personas demandadas. Los demandados ejercen su derecho de defensa en contra de las pretensiones expuestas por los abogados estatales en la demanda y en el recurso de apelación propuesto (ellos no se defienden de los jueces nacionales). Efectivamente quienes debieron probar la supuesta responsabilidad de los médicos involucrados son dichas instituciones, pero de ninguna manera se puede esperar que, so pretexto de la institución de “la consulta”, totalmente improcedente en un proceso de repetición, se dé algo tan absolutamente anómalo como que los jueces nacionales de lo contencioso administrativo que están juzgando el caso “coadyuven”, conjuntamente con las instituciones públicas señaladas, a demostrar también la responsabilidad de los médicos demandados; ello contravendría un sinnúmero de principios y normas procesales y constitucionales sobre la tutela judicial efectiva de los derechos y las garantías básicas del debido proceso, bastando con señalar que no cabe duda alguna que la esencia misma del debido proceso implica que toda persona

¹²⁵ Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de apelación No. 17741-2015-0637, caso: Ministerio de Salud Pública del Ecuador contra el Dr. Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros, sentencia de 08 de diciembre de 2016.

debe ser juzgada por un juez independiente e imparcial conforme el artículo 76 numeral 7 letra k) de la Constitución de la República.¹²⁶

Actualmente este proceso se encuentra en conocimiento de la Corte Constitucional, la cual admitió la acción extraordinaria de protección propuesta por el Ministerio de Salud mediante auto de 19 de junio de 2017.¹²⁷

A mi modo de ver, el juicio de repetición derivado del caso Vera Vera, denota la falta de preparación de las autoridades ecuatorianas demandantes para plantear la acción analizada, pues de acuerdo con la sentencia, la demanda se presentó sin establecer previamente, la existencia del nexo causal entre la conducta de los agentes o ex agentes encausados y la producción del daño, lo cual es imprescindible para el ejercicio de la acción de repetición. Siendo necesario recalcar que la carga de la prueba de la responsabilidad sobre un hecho concreto atañe a quien la alega, dada la presunción de inocencia que ampara a todo ciudadano. Sin la determinación del nexo causal, el cual es elemento esencial para la procedencia de la acción de repetición, la demanda planteada podría incluso haber sido considerada como temeraria, con la consecuente responsabilidad estatal.

Con relación a la determinación de la responsabilidad del agente público a quien se le imputa el daño, nos referiremos a la sentencia No. 844-2014 de 28 de noviembre de 2014, emitida por el máximo órgano de justicia dentro del recurso de apelación signado con el número 310-2014, propuesto en contra de la sentencia de repetición dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Loja el 09 de mayo de 2014, en la que se confirma el fallo venido en grado.

En este caso, se determinó la responsabilidad del señor J.F.P. ex presidente de la Junta Parroquial de Orianga, cantón Paltas, provincia de Loja, por haber separado de su cargo como Secretaria-Tesorera de dicha entidad a la señora M.A.C., sin observar las garantías del debido proceso.¹²⁸ Los antecedentes de este juicio se remontan, en primer lugar, a la sentencia de 21 de julio de 2010, dictada por el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Loja con sede en Catacocha, dentro de la

¹²⁶ Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de apelación No. 17741-2015-0637, auto de 17 de enero de 2017.

¹²⁷ Ecuador, Sala de Admisiones de la Corte Constitucional, caso No. 0439-17 EP, auto de 19 de junio de 2017.

¹²⁸ Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia recurso de apelación No. 310-2014, caso: Presidente de la Junta Parroquial de Orianga contra José Alejandro Freire Pinza, *Resolución No. 844-2014*, 28 de noviembre de 2014.

acción de protección seguida por la señora M.A.C., en la cual se ordenó su reintegro al cargo, la reparación por las remuneraciones dejadas de percibir y por el daño moral que le fue causado. Finalmente se dispuso que la entidad condenada inicie la acción de repetición en contra del presunto responsable.

La señora M.A.C. posteriormente presentó la acción correspondiente para establecer el monto de la reparación integral del daño producido, ordenada en la sentencia constitucional, ante el Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo. El 24 de junio de 2011, el referido órgano de justicia aceptó la demanda y ordenó que el Gobierno Parroquial Rural de Orianga pague a favor de la actora, por concepto de reparación del daño material y moral, los valores de tres mil y cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, respectivamente.

Con estos antecedentes, y luego de haberse satisfecho la reparación material ordenada, el nuevo Presidente del Gobierno Parroquial Rural de Orianga, dedujo la acción de repetición en contra del señor J.F.P., en la que se determinó su responsabilidad por culpa grave cuando desempeñó sus funciones como presidente de dicho gobierno descentralizado.

Dentro de sus partes esenciales, la sentencia de repetición emitida por el tribunal de instancia, transcribe elementos del fallo dictado por el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Loja, cuya parte medular señala que con la prueba testimonial y documental actuada se establece “conforme a derecho a ciencia cierta y de manera paladina” que la designación del cargo de Secretaria Tesorera es de potestad exclusiva de la Junta Parroquial como su autoridad nominadora; mas no del presidente quien al removerla de su puesto, actuó de manera unilateral y arbitraria “lo que constituye que dicho acto administrativo sea ilegal; injurídico; e inconstitucional; por lo tanto es nulo y de nulidad absoluta.”¹²⁹

Finalmente concluye con la declaración de responsabilidad del ex Presidente del Gobierno Parroquial de Orianga, en estos términos:

El acto administrativo ejecutado por la parte demandada, declarado inconstitucional por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Loja con sede en Catacocha y cuya reparación económica fue resuelta por éste, constituye una conducta contraria a la que debe observar todo servidor público en la ejecución de sus funciones, en el cuidado y conservación de la cosa pública. Dicho acto no previó

¹²⁹ Ecuador, Primera Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, proceso No. 11802-2014-0034, caso: Presidente de la Junta Parroquial de Orianga contra José Alejandro Freire Pinza, *sentencia de primera instancia*, 09 de mayo de 2014.

las consecuencias que ello generaría, pues no verificó la vinculación de la servidora y las garantías legales que la cobijaban para proceder a disponer su cesación, actuando con imprudencia en el ejercicio de sus funciones, en consecuencia, se generó culpa grave al retirar a la Secretaria Tesorera de la Junta Parroquial, sin el lleno de los requisitos legales. De lo antes expuesto, para esta Sala es acertado inferir, que se debe declarar responsable al demandado, por considerar que su actuar está incurso dentro de la conducta gravemente culposa, puesto que no puso en práctica los conocimientos e instrucciones necesarios en el desarrollo de su labor como Presidente de la Junta Parroquial de Orianga y no se asesoró debidamente para actuar en sus funciones, actuando de forma negligente e irresponsable con sus obligaciones.

Como se puede apreciar, la Corte Nacional de Justicia ha considerado para la determinación de responsabilidad por culpa grave, la inobservancia de la normativa aplicable al cargo y la imprudencia del servidor público a quien se le imputó el acto dañoso. En el caso analizado se concluye que el agente público asumió, por su cuenta, competencias que le correspondían a un órgano colegiado, como era la designación o remoción de la Secretaria Tesorera de la Junta Parroquial. Se evidencia en la especie, la transgresión expresa de normas jurídicas que dieron como resultado la violación de derechos constitucionales, que luego del procedimiento correspondiente fueron reparados por la entidad demandada.

Para concluir esta parte, resulta necesario mencionar que en muchos de los juicios en los que se ha ordenado la reparación económica al administrado, originada en un acto administrativo que ha sido declarado nulo o ilegítimo, dentro de acciones tramitadas ante los distintos Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se ha reconocido expresamente el derecho de las entidades públicas, a repetir los valores reconocidos a favor de los particulares, en contra de los agentes presuntamente responsables de las actuaciones dañosas y se ha dispuesto el inicio de las acciones de repetición correspondientes.¹³⁰

2.2. El derecho de repetición en la legislación extranjera

En este apartado se hará un acercamiento a la regulación del derecho de repetición en Uruguay, España y Colombia, aclarando que la intención de la presente

¹³⁰ Lo señalado se puede verificar en los fallos dictados por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro de los siguientes expedientes: 124-2011 de 03 de enero de 2013; 517-2009 de 19 de noviembre de 2013; 139-2010 de 24 de agosto de 2012, y resolución No. 590-2013 de 17 de septiembre de 2013, los cuales se encuentran publicados en la página web de la Corte Nacional de Justicia:
< <http://appsj.funcionjudicial.gob.ec/jurisprudencia/buscador.jsf> >

investigación no es efectuar un estudio exhaustivo de derecho comparado, sino que se limita a mencionar aspectos que resultan de interés para este trabajo. Sobre la experiencia colombiana se tratará con más detenimiento, por existir mayores elementos de investigación disponibles que ilustran como se ha desarrollado, en la práctica, la aplicación del derecho de repetición en dicho país.

2.2.1. El derecho de repetición en Uruguay

El art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay¹³¹ establece la responsabilidad patrimonial del Estado y sus instituciones en estos términos: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.”

El art. 25 *ibídem*, establece la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos para con el Estado cuando éste haya indemnizado a terceros en razón del daño ocasionado por su actuación; la norma en referencia dice: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.”

Con relación a las citadas normas constitucionales, el profesor Carlos Delpiazzo, explica lo siguiente:

A partir de la lectura conjunta de ambas disposiciones, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la entidad estatal de la que se trate y no es posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en caso de actos personalísimos. Significa que, una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será esta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, basada en un criterio definidamente subjetivo: se debe haber obrado con culpa grave o dolo; se excluyen la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.¹³²

¹³¹ Uruguay, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, disponible en:

<<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>>. Consulta: 18 de febrero de 2017.

¹³² Carlos E. Delpiazzo, “La Responsabilidad en el Derecho Público Uruguayo,” *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*, No. 3 (2008), 65. Disponible en formato PDF en la siguiente dirección: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839>. Consulta: 18 de febrero de 2017.

El mismo autor informa que el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los agentes públicos está contemplado en el decreto del Poder Ejecutivo No. 395/006, de 23 de octubre de 2006, que dispone lo siguiente: “Una vez cancelada la obligación [resultante de la sentencia de condena al Estado], la Unidad Ejecutora iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado [artículo 8.º].” Una vez concluida esta investigación, “se ordenará, en su caso, la promoción de la acción de repetición, mediante acto administrativo del Poder Ejecutivo [artículo 9.º]” En caso de que no se llegare a determinar la responsabilidad, se dispondrá el archivo del expediente.¹³³

2.2.2. El derecho de repetición en España

En España el Estado responde por toda lesión que los particulares sufran como consecuencia del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos. García de Enterría y Fernández explican que el agente responde personalmente de los daños causados siempre que haya mediado dolo o culpa grave de su parte.¹³⁴

Al respecto, tenemos que en el país ibérico la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,” en su título X, “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio,”¹³⁵ establece en primer lugar, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, respecto de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 139 No. 1); precisando que solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (art. 141 No. 1).

¹³³ *Ibíd.*, 66.

¹³⁴ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 397-8.

¹³⁵ España, *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, disponible en la siguiente página web: < <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318> > Consulta: 18 de febrero de 2017.

El referido cuerpo normativo español prevé la posibilidad de seguir un procedimiento abreviado, distinto del procedimiento común, para el reconocimiento de las indemnizaciones, cuando la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión sean inequívocos, y cuando no existan dudas relacionadas con la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización (art. 143).

El Capítulo II del título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a la “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, dispone en lo principal que la entidad administrativa correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que se establezca mediante reglamento. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios:

- El resultado dañoso producido;
- La existencia o no de intencionalidad;
- La responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

Con la resolución que declara la responsabilidad, se pondrá fin a la vía administrativa (art. 145).

La autora Susana Martínez Novella, explica que el procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad de las autoridades y personal se sigue “ante la propia Administración de la cual dependan, quien decidirá acerca de la responsabilidad y, en su caso, cuantificará la indemnización procedente, mediante acto administrativo ejecutivo, que podrá ser objeto de impugnación en vía contencioso administrativa.”¹³⁶

Finalmente, García de Enterría y Fernández manifiestan que el sistema español ha prescindido del “tradicional régimen de responsabilidad administrativa subsidiaria cuando existe un autor material del daño” para afirmar la responsabilidad

¹³⁶ Novella Martínez Susana, “La Responsabilidad Civil, Penal y Administrativa de las Autoridades y los Funcionarios,” *Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales*, No. 0, Fundación Democracia y Gobierno local (2002), 75. Disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/431/qdl00_07_inf01_martinez.pdf?sequence=1 Consulta: 20 de febrero de 2017.

directa de la Administración en todo caso, pero articulado de una forma en que no se convierta en una injustificada protección al agente público:

La Administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está, en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la Ley la faculta para actuar, en vía de regreso, y exigirle de forma unilateral y ejecutoria, sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada.¹³⁷

Dentro de la legislación española es importante resaltar, por una parte, la evaluación de la conducta del servidor a través de criterios de ponderación, considerando el nexo existente entre la actuación del agente público y el daño, en casos concretos, lo cual orienta, de alguna forma, a las autoridades administrativas y judiciales en la determinación de la responsabilidad de los servidores involucrados en el suceso dañoso; y por otra, el establecimiento de un procedimiento sumario en sede administrativa, cuyo objetivo es determinar la responsabilidad de los agentes públicos de una manera breve. Como se señaló al inicio, este tipo de procedimiento interno también está previsto en la legislación uruguaya, así como en nuestro ordenamiento jurídico dentro de la acción de repetición regulada por la LOGJCC, y ha sido concebido por la Corte Nacional de Justicia como una predeterminación de responsabilidad, que se confirma o se desestima a través de la acción de repetición.

2.2.3. El derecho de repetición en Colombia

En Colombia se aprecia un importante desarrollo legislativo con relación al ejercicio del derecho de repetición, no obstante, estudios realizados en dicho país cuestionan su efectividad en la práctica.

El desarrollo normativo colombiano respecto del ejercicio de la acción de repetición se pone de manifiesto principalmente a través de la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”¹³⁸

¹³⁷ García y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 398.

¹³⁸ Colombia, *Ley 678 de 2001*, Diario Oficial 44.509 del 4 de agosto de 2001, disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4164>>, consulta realizada el 20 de febrero de 2017.

Esta ley regula la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de la que trata el art. 90 de la Constitución Política de dicho país.¹³⁹ Su ámbito de aplicación incluye a los servidores o ex servidores públicos, cuya conducta dolosa o gravemente culposa, haya acarreado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en beneficio de personas particulares, como resultado de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto (art. 2).

La Ley en referencia declara expresamente la procedencia de la acción de repetición en contra del Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, senadores y representantes (exceptuando su inmunidad parlamentaria por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo), Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar (art. 7).

Conforme lo establece el art. 4 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición debe ejercerse de manera obligatoria por parte de las entidades públicas cuando el daño causado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria por parte del titular de la entidad afectada (art. 4).

Un aspecto que vale la pena mencionar dentro de la normativa colombiana es el sistema de presunciones que sirve para determinar los supuestos de dolo o culpa grave en que pueden incurrir los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, el cual se encuentra desarrollado en los arts. 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, que disponen lo siguiente:

¹³⁹ El referido art. 90 de la Constitución Política de Colombia, textualmente dice:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Constitución Política de Colombia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>> Consulta: 17 de febrero de 2017.

Art. 5.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Art. 6.- Culpa grave. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

En mi opinión, el establecimiento de un sistema de presunciones resulta bastante práctico ya que limita la valoración subjetiva que podría tener el juez al momento de calificar las conductas de los servidores públicos, donde la intencionalidad del agente puede ser un elemento difícil de determinar. En todo caso, persisten conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación es casuística, y se da a través de la jurisprudencia, como son los referidos “error y violación inexcusables.”

En cuanto al procedimiento aplicable, se establece que la competencia para conocer la acción de repetición en contra de los servidores públicos, radica en el juez o tribunal ante el cual se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, según el trámite ordinario regulado por el Código Contencioso Administrativo. (arts. 7 y 10).

Finalmente cabe mencionar que conforme lo establece el art. 13 de la Ley 678, la entidad demandante puede solicitar la aplicación de medidas cautelares, como son el embargo y el secuestro de los bienes del presunto responsable de los daños y perjuicios, para lo cual dicha entidad deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que puedan derivarse en contra del demandado, cuya cuantía será fijada por los jueces.

En conclusión, tenemos que la legislación colombiana establece procedimientos que regulan de manera específica la acción de repetición tomando en

cuenta factores procesales de trascendencia como son: la legitimación activa y pasiva, competencia, procedimiento, medidas cautelares y plazos de prescripción – que es de dos años contados a partir de que se ha cancelado el valor de la reparación (art. 11)–; en donde se destacan: la obligatoriedad de la acción de repetición y el sistema de presunciones que limita la discrecionalidad del juzgador con relación a la determinación del dolo o culpa grave del servidor público.

Como se señaló al inicio de este apartado, en el ejercicio de la acción de repetición en el vecino país, se han presentado dificultades sobre las cuales tratan distintos estudios que evidencian que para una efectiva aplicación del derecho de repetición no basta el establecimiento de norma jurídicas, sino que su eficacia se encuentra vinculada de manera inseparable a la actuación diligente de los abogados que defienden los intereses estatales, lo que implica efectuar un adecuado seguimiento de estos procesos. Asimismo, la lentitud del sistema judicial y la injerencia política, limitan la efectividad de esta acción.

Al respecto la investigadora Lina Clemencia Duque Sánchez, expone lo siguiente:

Las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición obedecen a la omisión de las entidades estatales para realizar una adecuada defensa del patrimonio público, sumado a que no existen profesionales del derecho que actúen dentro del proceso durante el trámite procesal de manera ininterrumpida, ya que, los procesos Contencioso Administrativos en materia de Repetición pueden durar entre 6 y 18 años, lo que conlleva a que los abogados abandonen el trámite procesal o alleguen fuera de términos los requisitos exigidos para la continuidad de dicha acción. Incoar la Acción de Repetición ha resultado inútil frente a las intenciones del legislador, pues se omiten los procedimientos legales y los requisitos procesales establecidos para su procedencia, que dan lugar a fallos absolutorios para los agentes estatales.¹⁴⁰

A similares conclusiones llegan los autores William Guillermo Jiménez e Israel Soler Pedroza, en su estudio titulado: “Causas de ineficiencia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos”, donde exponen lo siguiente:

La principal causa del fracaso de los procesos adelantados es, a todas luces, la deficiente presentación y sustentación de las demandas. Esto implica una “floja demanda” con graves falencias, en especial en materia probatoria y otros aspectos procesales (prueba del pago, de la condena, del dolo y culpa, del nexo de causalidad, se adjuntan fotocopias simples, etc.) El hecho que [el] 84% de los procesos

¹⁴⁰ Lina Clemencia Duque Sánchez, *Acción de repetición en Colombia, una tarea pendiente en la Administración pública* (I avance), Universidad Santo Tomás de Bogotá, (aprobado el 13 de marzo de 2012), 151. Disponible en: <http://doctrina.vlex.com.co/vid/colombia-tarea-pendiente-avance-458813362> Consulta: 17 de febrero de 2017.

analizados durante el período 2006-2010 no hayan ordenado repetir por deficiencia probatoria, es contundente al respecto.

La falta de diligencia de las entidades para hacer seguimiento a los procesos, aparece como la segunda causa importante para el escaso éxito de la AR. Este fue un factor encontrado tanto en las entrevistas como en la revisión documental y denota la deficiente atención, acompañamiento y control de los procesos por parte de la entidad demandante. Esto parece estar relacionado con lo anteriormente dicho con respecto a la presentación de la demanda, es decir, influyen mucho el desinterés, las malas condiciones en que laboran los abogados de las entidades y el exceso de trabajo en las oficinas jurídicas, unido al desconocimiento del proceso, a la inexistencia de perención para las entidades públicas que incita a dejar los procesos a la deriva, lo cual genera costos para la entidad demandante (el pago de las expensas y la atención de cargas procesales, entre otros aspectos).

La tercera gran causa se refiere a la imposibilidad de pagar la condena o la insolvencia del condenado. Es frustrante que las pocas sentencias que disponen repetir por una determinada suma de dinero, resulten vanas o inocuas por la imposibilidad de lograr efectivamente el pago. Al respecto se critica el hecho que el monto de las pretensiones de la AR, si se prueba, sean iguales a las de la condena, sin tener en cuenta las condiciones económicas del agente demandado; en todo caso, se concluye que los accionados tienen suficiente tiempo para insolventarse, ya sea durante el llamamiento en garantía con fines de repetición o durante el proceso autónomo de repetición.

La cuarta causa atribuida al fracaso de la AR consiste en la estricta jurisprudencia del Consejo de Estado en materia procesal y probatoria, especialmente lo que tiene que ver con la prueba del pago y la idoneidad de los documentos que sirven como prueba. Buena parte de las acciones de repetición son negadas debido a que la certificación del pago realizado por la entidad no proviene del acreedor, así se anexen copias auténticas de la sentencia condenatoria y de certificados del pagador de la entidad.

Finalmente, al examinar las razones por las cuales el Consejo de Estado no dispuso repetir contra el agente, se encontró que la caducidad de la acción es también una de las causas por las que se niegan las pretensiones, no obstante lo cual, su proporción es baja (7%) con respecto a las otras razones.¹⁴¹

Por su parte la investigación titulada: “Acción de repetición en Colombia: ¿Eficaz o Ineficaz?” señala que uno de los obstáculos que encuentra el juez al momento de estudiar los casos de repetición es el determinar si la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa, ya que la ley no lo hizo de manera clara, y es por ello que es el juez, mediante el análisis de las pruebas presentadas, quien debe determinar si se actuó en contra de la administración con dolo y/o culpa grave.¹⁴²

¹⁴¹ William Guillermo Jiménez e Israel Soler Pedroza, “Causas de ineficiencia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos”, *Revista Diálogos de Saberes Universidad Libre, Bogotá*, No. 36, (Enero –Junio de 2012), 78-9. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%203%20Jimenez.pdf> >. Consulta: el 27 de octubre de 2014.

¹⁴² Semillero de investigación IUS EX NUNC, “Acción de repetición en Colombia: ¿Eficaz o Ineficaz?”, *Revista Jurídica Piélagus Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana, Neiva - Huila - Colombia*, No. 8, (2009-XI), 91. Disponible en: <http://www.revistapielagus.com/articulos/05.-accion-de-repeticion-.pdf>. Consulta: 20 de febrero de 2017.

Dentro de este estudio se expone la siguiente conclusión:

La Acción de Repetición no es un mecanismo eficaz, porque la ley que la reglamenta presenta diferentes vacíos que obstruyen o impiden la cabal aplicación de este mecanismo jurídico; sumado a lo anterior la falta de compromiso, de los representantes legales de las entidades públicas, en hacer uso de este instrumento, producto de los intereses personales, económicos y politiqueros que constituyen corrupción administrativa.¹⁴³

Para el objeto de nuestra investigación es importante tomar en cuenta la experiencia colombiana en cuanto a la aplicación del derecho de repetición dado que en dicho país se implementaron regulaciones precisas en esta materia a partir de la promulgación de la Ley 678 de 2001, el 4 de agosto de 2001, lo que implica que a la fecha de las investigaciones antes referidas, esta normativa contaba con aproximadamente diez años de vigencia, período en el cual se han presentado dificultades prácticas que han impedido cumplir con las principales finalidades de dicha ley, que son por una parte prevenir que el Estado pague cuantiosas sumas por los daños causados por acción u omisión de sus agentes,¹⁴⁴ y por otra la recuperación de los valores pagados por concepto de reparación.

A las dificultades referidas las podemos sintetizar en cuatro grandes grupos: lentitud del sistema judicial, falta de un adecuado seguimiento a los procesos de repetición, dificultades en la interpretación de las normas de derecho que regulan la acción de repetición, y falta de voluntad política para implementar los correctivos necesarios para garantizar su eficacia.

Sin duda la experiencia colombiana con relación al ejercicio del derecho de repetición debe ser considerada en el Ecuador tomando en cuenta que esta acción recién se está instrumentando en el país, cuya eficacia y problemas de aplicación se podrán constatar en un futuro mediano.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., 66.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

El Estado de Derecho exige que los agentes públicos, de todo nivel, sean responsabilizados por sus actos frente al soberano, que no es otro que el conjunto de habitantes del Estado.

El derecho de repetición cumple un papel fundamental pues se trata de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para garantizar la eficiencia administrativa y precautelar el patrimonio público. Su debido ejercicio tiene, en primer lugar, un efecto preventivo, ya que puede influir de manera decisiva en la conducta de los servidores públicos, quienes al tener presente que sus acciones u omisiones les pueden acarrear consecuencias económicas significativas, evitarán vulnerar los derechos de los ciudadanos, a través de actuaciones arbitrarias o irreflexivas, por lo tanto propenderán a tener mayor cuidado y apego a la ley en el ejercicio de sus funciones.

Es necesario precisar que el derecho de repetición no es un derecho del Estado concebido como organización política con personería jurídica, sino del grupo humano que lo conforma, es decir de la Nación, que demanda que la responsabilidad de los servidores públicos se haga efectiva como condición fundamental para el mantenimiento del Estado de Derecho, donde se exige el respeto de los derechos individuales por parte del gobernante como requisito esencial de la convivencia humana y la paz social.

En segundo lugar, el derecho de repetición persigue proteger el patrimonio público, a través de la recuperación de los valores cancelados por una mala actuación de los servidores públicos. No es justo ni razonable, que una parte importante del presupuesto del Estado se destine a reparar el daño imputable a la ineptitud o malicia de sus agentes, en perjuicio de una colectividad necesitada de obras y servicios.

El marco constitucional vigente a partir de octubre de 2008, pretende fortalecer el sistema de responsabilidad de los servidores públicos al ordenar el ejercicio inmediato del derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño, cualesquiera que sean sus funciones. En este contexto, se han promulgado normas tales como el COFJ, la LOGJCC y el COGEP, que contienen disposiciones concretas que norman la acción de repetición.

Sin embargo, la aplicación de este importante derecho presenta dificultades originadas por las mismas normas que lo regulan, pues únicamente existe cierta claridad respecto de su ejercicio con relación a los servidores públicos pertenecientes a los órganos del Poder Judicial (COFJ), y a los casos de reparación material por violación a los derechos humanos y a las garantías constitucionales (LOGJCC), sin que existan disposiciones concretas que regulen, unívocamente, la posibilidad de ejercer el derecho de repetición frente a otras circunstancias que pueden suscitarse dentro de la actividad del Estado, a través de sus distintos órganos e instituciones, que hayan tenido como consecuencia un resultado dañoso en contra de personas particulares. Esta situación pretende normarse a través del COGEP, sin mucho éxito, pues las disposiciones aplicables a esta acción no están suficientemente desarrolladas.

En este contexto, se observa, que en el Ecuador actualmente existen tres procedimientos distintos que regulan la acción de repetición creados con distintas reglas y principios, que por sus diferencias vulneran los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la Ley, los cuales deben imperar en el Estado de Derecho.

Dentro de estos procedimientos vale recordar que la acción de repetición por inadecuada administración de justicia se aplica a los casos de dolo o negligencia y se tramita simultáneamente a la acción de daños y perjuicios seguida en contra de la Función Judicial.

Mientras que la acción de repetición regulada por la LOGJCC, se origina en un proceso anterior en el que se condenó al Estado a realizar una reparación por violación de derechos, en cuya virtud debe efectuarse un procedimiento investigativo –o disciplinario– que constituye un requisito previo a la presentación a la demanda de repetición, a través del cual se establece una especie de “predeterminación” de responsabilidad de los servidores o ex servidores a quienes se les imputa el daño, por culpa grave o dolo en su actuación, exigencia sin la cual no es posible plantear la acción, misma que se tramita en juicio ordinario de cuya sentencia cabe apelación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Por otra parte, el procedimiento de repetición regulado por el COGEP, se origina en la declaratoria de responsabilidad estatal en sentencia dictada por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Se desconoce si en estos

casos se requiere la realización de una investigación previa con la finalidad de iniciar la acción de repetición, o si la declaración de responsabilidad por culpa grave o dolo debe efectuarse en la sentencia que condena al Estado a realizar la reparación por daños materiales y/o inmateriales.

En definitiva, el marco jurídico vigente deja un vacío normativo que es incompatible con la obligatoriedad e inmediatez del ejercicio del derecho de repetición, establecidas en la CR, lo cual debe ser solventado de una manera adecuada en corto plazo, a través de la creación de un procedimiento único aplicable en todos los casos y en todas las situaciones que impliquen responsabilidad estatal, para de esta manera observar la garantía fundamental de la seguridad jurídica, y brindar certeza a la actuación de los órganos de justicia y de la Administración Pública en general.

Como resultado de la presente investigación, encontramos que la implementación del derecho de repetición no es una tarea fácil: es necesario que exista un marco normativo claro, sumado a un cambio de mentalidad de las personas que ejercen funciones públicas, donde deben fortalecerse los conceptos de servicio y responsabilidad, ya que la actividad del Estado debe dirigirse en beneficio de la colectividad, precautelando en todo momento los derechos de los ciudadanos frente a cualquier ejercicio abusivo del poder.

Para el Ecuador, donde el derecho de repetición tiene un desarrollo embrionario, es importante, tomar en cuenta la experiencia de otros países como Colombia, donde a pesar de contar con un aceptable desarrollo legislativo con relación a este derecho, los resultados obtenidos con su implementación no han cumplido con las expectativas deseadas. La práctica colombiana debe ser estudiada por las autoridades competentes del Ecuador con la finalidad de adoptar los correctivos necesarios para garantizar la eficaz aplicación del derecho de repetición en nuestro país.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la eficacia de la acción de repetición no solo depende de la existencia de un procedimiento debidamente estructurado, sino del compromiso de las autoridades encargadas de patrocinar los intereses estatales, lo que implica entre otras obligaciones, recopilar la prueba necesaria para el establecimiento de la responsabilidad de los presuntos responsables. En algunos de los casos analizados, que se han tramitado en el Ecuador, se puede apreciar la deficiente actuación de las entidades públicas encargadas de patrocinar demandas de

repetición, las cuales por decir lo menos, se han aventurado, con total improvisación y desidia, a iniciar acciones sin tener certeza, ni contar con los medios probatorios, relacionados con la responsabilidad de los presuntos implicados en los hechos dañosos.

Recomendaciones

Sobre la base de las conclusiones expuestas, me permito formular las siguientes recomendaciones:

I. A la Asamblea Nacional.- Es deber del órgano legislativo mejorar y sistematizar la normativa vigente para hacer efectivo el derecho de repetición, mediante el establecimiento de procedimientos claros, eficaces y a la vez prácticos. Por lo tanto recomiendo:

1.- Crear un procedimiento único que sea aplicable a todos los casos en que el Estado y sus instituciones hayan sido condenados al pago de indemnizaciones a particulares por daños imputables a servidores públicos. La existencia de distintos procedimientos (LOGJCC, COFJ y COGEP), resulta inconveniente y además atenta contra la armonía y congruencia que debe existir en el ordenamiento jurídico. La legislación actual genera confusión por la ambigüedad de la normativa vigente, lo cual debe corregirse a través de un procedimiento general, correctamente estructurado aplicable para todos los casos de responsabilidad estatal.

2.- Se debe determinar la obligatoriedad de impulsar la acción de repetición por parte de la Procuraduría General del Estado, concebida como un órgano de control independiente y único sujeto activo de dicha acción en representación del Estado, en lugar de los titulares de las distintas entidades administrativas, para evitar cualquier conflicto de intereses que pueda suscitarse en estos procesos –tanto para favorecer como para inculpar a servidores o ex servidores públicos–, con la advertencia de incurrir en responsabilidad civil, administrativa y penal en el supuesto de no ejercerla en todos los casos en que el Estado se haya visto obligado a efectuar reparaciones materiales, donde se presuma la existencia de *dolo o culpa grave* por parte de los agentes a quienes se les imputa el daño.

La participación de la Procuraduría como único sujeto activo de la acción de repetición, sería de mucha utilidad con el objeto de concentrar en una sola entidad el ejercicio de esta acción, lo cual además resultará especialmente conveniente en

aquellos casos en que varias entidades de la Administración Pública son responsabilizadas por el daño. Además se generaría experticia en la materia por parte de este órgano de control, lo cual contribuiría, de manera gradual, a mejorar su eficacia a través de un patrocinio especializado.

3.- La normativa que regula el derecho de repetición debe estar encaminada a ejecutar su aplicación inmediata, por lo tanto, es conveniente que dentro de las acciones que persigan la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el Estado, se vincule procesalmente a los agentes o ex agentes públicos, presuntos responsables de la acción u omisión dañosa que motiva la demanda o reclamo administrativo, con el propósito de que presenten los elementos probatorios que considere necesarios para justificar su actuación en casos concretos. Con esto se garantizará su derecho a la defensa.

4.- Con relación a lo expuesto en el numeral anterior, la legislación debe prever que los jueces que conozcan demandas en contra de las entidades estatales, en las cuales se pretenda la reparación material de supuestos daños causados, se pronuncien expresamente sobre la responsabilidad por culpa o dolo de los agentes o ex agentes públicos a quienes se les atribuye el daño, en aquellos casos en que se condene al Estado al pago de reparaciones pecuniarias, donde existan indicios de una actuación dolosa o gravemente culposa por parte de agentes públicos –lo cual está previsto en el procedimiento regulado por el COFJ, respecto de los servidores de la función judicial–, para de esta manera evitar que se siga un nuevo proceso, cuya finalidad principal es la determinación de responsabilidades por culpa grave o dolo.

Subrayando lo expuesto, el mejor momento para declarar la responsabilidad del servidor o ex servidor a quien se le imputa el daño, es de manera simultánea a la declaratoria de responsabilidad del Estado, lo cual contribuiría a plasmar el principio de economía procesal y la tantas veces referida immediatez del ejercicio del derecho de repetición dispuesta en la Constitución.

Por otra parte, en aquellos casos en que no se pueda establecer la responsabilidad por culpa grave o dolo de los servidores públicos, al determinarse la responsabilidad estatal, se podría prever que la acción de repetición se ventile a través del procedimiento sumario regulado por el COGEP, con el objeto de reducir los tiempos de tramitación, y definir con claridad su tiempo de prescripción, con el objeto de garantizar su immediatez, que para tal efecto debería ser inferior a los tres años previstos en la LOGJCC, contados desde que se hizo efectiva la reparación por

parte del Estado. La prontitud en el ejercicio de la acción de repetición resulta conveniente para evitar que los elementos probatorios se desvanezcan y para prevenir que los servidores o ex servidores responsables del daño se desprendan de sus bienes antes de que se inicien las acciones en su contra.

5.- Puede resultar adecuada la implementación de un sistema de presunciones legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, similar al vigente en Colombia, con la finalidad de facilitar a los jueces la determinación de responsabilidades por dolo o culpa grave de los servidores públicos. Un sistema de este tipo debe estar estructurado de tal manera que garantice, en todo momento, el derecho a la defensa de los agentes a quienes se les atribuye el daño, para que no resulte contrario a la garantía fundamental de presunción de inocencia, por lo tanto debe sustentarse en hechos justificados que sean directamente imputables a los presuntos responsables.

6.- Para garantizar la devolución de los valores reconocidos por el Estado, es conveniente que la legislación prevea la aplicación de medidas cautelares en contra de los funcionarios públicos a quienes se les atribuye el hecho dañoso, desde que se presenta la demanda de indemnización de daños y perjuicios en contra del Estado, con el objeto de evitar que éstos se desprendan de sus bienes mientras se tramita el proceso.

Asimismo, se debe prever, que en ningún caso, el valor repetido deje en estado de necesidad a la persona responsable, situación que únicamente se encuentra referida en la acción de repetición regulada por la LOGJCC.

II. A la Función Judicial.- La participación de los jueces tiene un papel protagónico en la eficacia de la aplicación de las normas jurídicas, ya que en ningún caso puede negarse a cumplir con su deber primordial de administrar justicia, tanto es así, que los magistrados están obligados a integrar el derecho en los casos de falta u obscuridad de normas jurídicas, incluso en materia procesal. Asimismo, la Corte Nacional de Justicia debe identificar los principales vacíos normativos relacionados con la aplicación del derecho de repetición, con el objeto de emitir las resoluciones que correspondan para facilitar su cabal ejercicio.

III. A los gobiernos de turno.- Las distintas entidades administrativas encargadas de cumplir los fines del Estado, están compuestas por seres humanos que con su trabajo hacen posible la prestación de servicios públicos y el desarrollo de un sinnúmero de procesos necesarios para su funcionamiento. Por esta razón, es

fundamental que exista una adecuada selección de personal dentro de todas y cada una de las instituciones estatales. Con vista a esta finalidad, propongo lo siguiente:

1.- Las distintas funciones del Estado y los gobiernos seccionales, tienen la gran responsabilidad de garantizar la eficiencia de las distintas instituciones públicas. Con relación a la eficiencia administrativa, la acción de repetición tiene entre sus objetivos, el de compeler a los servidores públicos a actuar con estricta observancia del ordenamiento jurídico en el desempeño de sus cargos, respetando en todo momento los derechos de los ciudadanos. Para que esta finalidad tenga un efecto práctico es necesario que el ejercicio del derecho de repetición se materialice en la realidad cotidiana, lo que exige, a más de una legislación clara y bien estructurada, el compromiso de las autoridades de dar un apropiado seguimiento al establecimiento de responsabilidades en los casos en que el Estado haya sido condenado al pago de indemnizaciones o reparaciones materiales.

2.- El Estado y sus instituciones deben promover la formación y capacitación de sus funcionarios y empleados de manera permanente. Distintas normas constitucionales como son los arts. 229, 170 y 197, establecen el deber estatal de capacitar a los empleados y servidores públicos. Deber que además constituye un derecho irrenunciable para los funcionarios, conforme lo prevé el literal q) del art. 23 de la LOSEP. Sin lugar a dudas, una adecuada capacitación y preparación de los agentes estatales, enfocada no solo al cumplimiento de sus deberes funcionales, sino también en temas de derecho público y responsabilidad administrativa, es un instrumento apropiado para promover el respeto a los derechos de los ciudadanos y la eficiencia de las instituciones públicas.

3.- La selección de personal, incluyendo a aquellos servidores pertenecientes a los niveles directivos, debe realizarse en todos los casos a través de verdaderos concursos de mérito y oposición, lo cual sumado a una capacitación permanente y consonante a los requerimientos del empleo público, garantiza no solo la eficiencia de la actividad del Estado, sino también el respeto a los derechos de los particulares, toda vez que al contar con agentes públicos competentes y probos se evitará el cometimiento de muchos de los errores, abusos y arbitrariedades que se suscitan en el ámbito de la Administración Pública.

Para finalizar, solo cabe añadir que toda actividad humana es perfectible, por consiguiente, si realmente existe la intención de dar eficacia al derecho de repetición y exigir cuentas a los servidores públicos, los legisladores, las autoridades

competentes y los jueces, tienen la tarea de dar los lineamientos políticos y jurídicos que garanticen su aplicación, porque en la actualidad, dadas la circunstancias que han sido puntualizadas en esta investigación, el derecho de repetición del Estado está muy lejos de convertirse en una realidad, ante lo cual es preciso tomar pasos decisivos, con la finalidad última de combatir la inmoralidad y la mediocridad al interior del Estado, que tanto daño hace al progreso del país.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones y documentos

- Altamira Gigena, Julio. *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973.
- Arévalo Reyes, Héctor Darío. *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*, segunda edición, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2002.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito: Fundación Andrade y Asociados, Fondo Editorial, 2007.
- Capador Sánchez, Miguel. *Régimen Del Servidor Público*, Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2004.
- Cascante R., Lorena. “¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?”, *Iuris Dicto, Revista de Derecho*, No. 1, Colegio de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito, 2000.
- Castro Estrada, Álvaro. “Responsabilidad Patrimonial del Estado”, *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 27, s.f.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/27/pr/pr6.pdf>>
- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para el segundo debate del Proyecto de Ley de Repetición*, Quito, 28 de noviembre de 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 99/00, Caso 11.868: Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy [Ecuador], 5 de octubre de 2000.
- Comisión para la Defensa Judicial del Patrimonio Público de la Procuraduría General de Colombia. *La Acción de Repetición*, presentación en Power Point
<www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/cartelera/Archivos/1610/>.
- Delpiazzo, Carlos E. “La Responsabilidad en el Derecho Público Uruguayo,” *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay* No. 3, 2008.
<<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839>>
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004.

- Duque Sánchez, Lina Clemencia. *Acción de repetición en Colombia, una tarea pendiente en la Administración pública (I avance)*, Tesis, Universidad Santo Tomás de Bogotá, 2012.
- <http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9%281%29_8.pdf>
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 2002.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 3ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid: Civitas, s.f.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 8, Teoría General del Derecho Administrativo, 1ª edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, 8ª edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, tercera edición corregida, Madrid: editorial Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Herrera Zambrano, Johana Elizabeth. *La acción de repetición en la legislación ecuatoriana*. Tesis de maestría, Universidad Andina, Sede Ecuador, 2016.
- Islas Colín, Alfredo. *El Servicio Público en el Derecho Francés*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, UNAM.
- <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/14.pdf>>
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Jiménez, William Guillermo e Israel Soler Pedroza, “Causas de ineficiencia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos”, *Revista Diálogos de Saberes, Universidad Libre*, No. 36, Bogotá: 2012.
- <<http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%203%20Jimenez.pdf>>
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, cuarta edición actualizada, Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1987.
- Mestre Ordóñez, María y María Catalina Garcés Restrepo. *La Acción de Repetición y el Llamamiento en Garantía Ley 678 de 2001*, Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004.

<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESI S28.pdf>>

Novella Martínez, Susana. “La Responsabilidad Civil, Penal y Administrativa de las Autoridades y los Funcionarios”, *Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales*, No. 0, s.l., 2002

<<http://www.gobiernolocal.org/PDF%20CUADERNO%200/75-96.pdf.pdf>>

Oyarte Martínez, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Función Legislativa, Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.

Ramírez Romero Carlos y otros, *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*, Quito: Corte Nacional de Justicia, 2015.

Sarría, Consuelo. “Control Judicial de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa*, Tucumán: Ediciones UNESTA, 1981.

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8ª edición, puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

Secaira Durango, Patricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito: Editorial Universitaria, 2004.

Saltos Álvarez, Hernán Estuardo. *La responsabilidad del Estado por la prestación deficiente de servicios públicos o por los actos de sus funcionarios y el ejercicio del derecho de repetición*. Tesis de maestría, Universidad Andina, Sede Ecuador, 2007.

Semillero de investigación IUS EX NUNC, “Acción de repetición en Colombia: ¿Eficaz o Ineficaz?,” *Revista Jurídica Piélagus Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana, Neiva - Huila - Colombia* No. 8, 2009.

<<http://www.revistapielagus.com/articulos/05.-accion-de-repeticion-.pdf>>

NORMATIVA

Internacional

Colombia, *Ley 678 de 2001*, Diario Oficial 44.509 del 4 de agosto de 2001, disponible en:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4164>>

Constitución Política de Colombia, disponible en:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>

Constitución de la República Oriental del Uruguay, disponible en:

<<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>>.

España. *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, disponible en:

<<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>>

Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de París de 1789*, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf>

Nacional

Constitución del Estado del Ecuador [1830], Registro Auténtico No. 1 de 31 de mayo de 1830.

Constitución de la República del Ecuador [2008], Asamblea Constituyente, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Ecuador [1946], Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1945.

Constitución Política del Ecuador [1979], Decreto Supremo 000, Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

Constitución Política de la República del Ecuador [1869], Recopilación de Leyes del Ecuador, Aurelio Noboa editor, s.l., I, 375, 11 de agosto de 1869.

Constitución Política de la República del Ecuador [1998], Decreto Legislativo 0, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*, Ley 0, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Contraloría General del Estado. *Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 696 de 22 de febrero de 2016.

Ecuador. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, Ley 50, Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 595 de 12 de junio de 2002.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Servicio Público*, Ley 0, Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Ley 1, Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 38 de 17 de julio de 2013.

Ecuador. Presidencia de la República. *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

JURISPRUDENCIA

Supranacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013. Disponible en:
 < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, sentencia de 19 de mayo de 2011. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf

Nacional

- Ecuador. Corte Constitucional, Caso No. 0015-10-AN: Claudio Demetrio Masabanda Espín, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, *Sentencia No. 004-13-SAN-CC*, de 13 de junio de 2013.
- Ecuador. Primera Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, sentencia dictada dentro del proceso No. 11802-2014-0034, caso: Presidente de la Junta Parroquial de Orianga contra José Alejandro Freire Pinza, sentencia de primera instancia, 09 de mayo de 2014.
- Ecuador. Sala de Admisiones de la Corte Constitucional, caso No. 0439-17 EP, auto de 19 de junio de 2017.
- Ecuador, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de apelación No. 17741-2015-0637, caso: Ministerio de Salud Pública del Ecuador contra el Dr. Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros, sentencia de 08 de diciembre de 2016.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de casación No. 100-2010, caso: Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de Educación Superior, CONEA, contra Jaime Rojas Pazmiño y Édgar Moncayo Gallegos, *Resolución No. 18-2013*, 10 de enero de 2013.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, recurso de apelación No. 1441-2015, caso: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador contra Ángel Plutarco Naranjo, *Resolución No. 1070-2016*, 21 de septiembre de 2016.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia recurso de apelación No. 310-2014, caso: Presidente de la Junta Parroquial de Orianga contra José Alejandro Freire Pinza, *Resolución No. 844-2014*, 28 de noviembre de 2014.
- Ecuador. Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, juicio No. 17811-2013-15969, caso: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador contra Ángel Plutarco Naranjo, sentencia de primera instancia, 21 de septiembre de 2015.
- Ecuador. Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, juicio No. 17811-2014-0259G, caso: Ministerio de Salud Pública del

Ecuador contra el Dr. Luis Aníbal Pullas Zuleta y otros, sentencia de primera instancia, 02 de abril de 2015.